PERKEMBANGAN PEMIKIRAN HUKUM ISLAM

(Ikhtiyar Pendidikan Doktor Membekali Calon *Mujtahid*
Menggali *Maqashid al-Syari'ah*
untuk Mewujudkan Hukum Islam yang Kontekstual)

Oleh : Dr. H. A. Khisni, SH. MH.

ISBN: 978-602-1145-08-1

KATA SAMBUTAN

Assalamu'alaikum Warahmatullahi Wabarakatuh

Puji syukur dipanjatkan kehadlirat Allah SWT. yang telah melimpahkan taufiq dan hidayah-Nya kepada kita semuanya. Amiin. Selawat dan salam bagi Nabi besar Muhammad SAW. pembawa risalah dan kasih-sayang seluruh alam (*rahmatan lil "alamin*).

Alhamdulillah, buku dengan judul: Perkembangan Pemikiran Hukum Islam (Ikhtiyar Pendidikan Doktor Membekali Calon *Mujtahid* menggali *Maqashid al-Syari'ah* untuk Mewujudkan Hukum Islam yang Kontekstual) yang ditulis oleh Dr. H. A. Khisni, SH. MH. Menambah khazanah tentang kajiian hukum Islam yang berupa pemikiran yang bersifat *ta'aqquli*, *ma'qulat al-ma'na* (dengan menggunakan akal sehat, melacak inti, makna terdalamnya) hal ini boleh saja dalam bidang *mu'amalah*, sebab bidang ini terbuka untuk dikembangkan.

Pendidikan Program Doktor (S-3) merupakan pendidikan calon *mujtahid*. Sebagai seorang calon *mujtahid*, seperti yang dikemukakan penulis buku ini harus *paham teks* dan *paham konteks* (*fahmu an-nash dan fahmu al-waqa'iq*). Teks (hukum) selalu ketinggalan dari perkembangan kehidupan masyarakat (*waqa'1q*), maka menurut penulis yang harus dikuasai oleh seorang calon *mujtahid* adalah *madzhab manhaji* (madzhab metodologi) sebagai alat atau metode untuk memecahkan masalah hukum yang aktual dan responsip.

Untuk itu, bisa sampai *'tafaquh fiddin'* (faham agama yang mendalam) dibutuhkan metodologi (epistemologi) dan ilmu hikmah disamping paham 'latar belakang historis' suatu teks hukum dibuat dalam suatu masyarakat (hermeneutik), menggali apa ide hukum (*maqashid al-syari'ah*) dan bagamana penerapannya dalam suatu kasus hukum yang berkeadilan.

Di samping itu, buku ini ditulis berdasarkan pengalaman lapangan saudara Dr. H. A. Khisni, SH. MH. Dalam upaya memahami antara *law in books* dengan *law in action* (penerapan hukum di pengadilan) Beliau di samping dosen juga sebagai advokat mulai tahun 1986 sampai sekarang masih aktif di bidang ini.

Mudah-mudahan saudara Dr. H. A. Khisni, SH. MH. Terus berkarya ikut menyumbangkan dan mengembangkan hukum Islam dalam sistem hukum nasional Indonesia. Amiin.

Demikian kata sambutan kami. *Wallahu 'Alamu Bishshawab.*

Wassalamu'alaikum Warahmatullahi Wabarakatuh.

Semarang, 1 Oktober 2014
Ketua Program Doktor Ilmu Hukum (PDIH)
F. H. Unissula

Prof. Dr. H. Gunarto, SH. SE. Akt. M.Hum.

KATA PENGANTAR

Puji syukur dipanjatkan kehadlirat Allah SWT. yang memberikan nikmat iman dan Islam yang sahnya harus didasari ilmu pengetahuan. Salawat dan salam tetap bagi Nabi Agung Muhammad SAW. pengubah kehidupan dari kegelapan ke kecahayaan (*min al-dlulumat 'ila an- nur*) dan menyebarkan kasih sayang kepada mahluk seluruh alam (*rahmatan lil 'alamin*).

Alhamdulillah, buku ini semula hanya sebagai bahan kuliah membantu mahasiswa Proogram Doktor Ilmu Hukum (PDIH) Fakultas Hukum Unissula sebagai bacaan dalam mata kuliah: 'Perkembangan Pemikiran Hukum Islam'.

Kami melihat perkembangan pemikiran hukum Islam yang aktual saat ini adalah perubahan paradigma yang semula berparadigma *'normatif – ideologis'* ke *' empiris – historis'*, polapikir 'atas –bawah' ke 'bawah – atas' dan atau memadukan pola pikir 'deduktif dan induktif', inilah yang dihadapi seorang calon *mujtahid* harus paham teks dan konteks (*fahmu an-nash wal waqa'iq*). Untuk itu madzhabnya bukan lagi *madzhab qauli* (pendapat), akan tetapi dikembangkan ke *madzhab manhaji* (metodologi).

Bahwa teks, wahyu telah selesai akan tetapi kehidupan tidak pernah selesai terus dinamis dan perubahan itu sendiri yang abadi. *Madzhab manhaji* (metodologi) sebagai *thariqah* untuk menjawab permasalahan hukum aktual dan responsif, menggali ide hukum (*maqashid al-syari'ah*) sampai kepada hakikat dan *ma'rifat*.

Sebagai calon *mujtahid* yang diproses melalui pendidikan S-3 harus paham kehidupan dan perkembangan hukumnya dengan melakukan *'ijtihad tatbiqi'*, yaitu penguasaan penerapan hukum sesuai ide teks hukum itu, penerapan hukum dalam kasus yang kongkrit, obyek kajiannya adalah manusia dan dinamikanya, serta menyimppulkan semangat/spirit/ruh/nilai hukum dalam *nash* atau hukum tekstual itu.

Itulah harapan penuluis dalam buku ini, untuk itu penguasaan epistemologi hukum Islam yang ada dalam buku ini mutlak harus dikuasai dalam upaya menjawab perkembangan kehidupan khususnya dalam aspek hukum Islam.

Demikian harapan kami, *Wallahu 'Alamu Bishshawab.*

Wassalamu'alaikum Warahmatullahi Wabarakatu.

Semarang, 1 Oktober 2014

Dr. H. A. Khisni, SH. MH.

DAFTAR ISI

halaman

Kata Sambutan iii

Kata Pengantar v

Daftar Isi vi

BAB I PENDAHULUAN... 1

BAB II PErKEMBANGAN PEMIKIrAN HUKUM ISLAM.................. 3

BAB III PENDIDIKAN PrOGrAM DOKTOr (S-3)

SEBAGAI CALON *MUJTAHID*.. 26

BAB IV HUKUM ISLAM KONTEKSTUAL... 53

BAB V PENUTUP 110

DAFTAr PUSTAKA 117

BAB I

PENDAHULUAN

Al-qur'an telah selesai pewahyuannya, demikian Sunnah rasulullah telah selesai pula sesudah wafat rasulullah. Adapun kehidupan ini tidak pernah selesai, selalu berubah dan yang abadi adalah perubahan itu sendiri, atau dengan istilah lain *'An-nushush mutanahiyah wal waqa'iq ghairu munatahiyah'*.[1] Untuk menghadapi dan menjawab permasalahan tersebut di atas perlu melakukan *'tajdid al-fahmi'* (pembaharuan pemahaman) tidak cukup hanya pemahaman tekstual, akan tetapi dibutuhkan pendekatan penggalian 'ruh' (jiwa) suatu ayat dengan metode *'maqashid al-syari'ah'* (tujuan hukum) berupa apa sebenarnya ide atau kehendak Allah yang diwahyukan dalam ayat al-Qur'an itu.

Itulah sebenarnya hakikat pendidikan program doktor (S-3) Ilmu hukum pada umumnya, khususnya program doktor (S-3) Ilmu hukum yang bercirikan Islam untuk dibekali alat (metodologi) dengan *'mazhab manhaji'* (mazhab metodologi) bukan lagi hanya berpikir tekstual dengan menyampaikan pendapat-pendapat imam atau ahli hukum terdahulu yang disebut *'mazhab qauli'* (mazhab pendapat) yang kebanyakan cocok dan sesuai dengan zaman dan tempatnya. Mahasiswa program doktor sebagai calon *mujtahid* harus ada keberanian untuk melakukan *ijtihad* hukum sesuai dengan perubahan zaman supaya hasil temuan melalui ijtihadnya menjadikan hukum Islam yang responsip dan empiris dengan pendekatan hukum yang progresif (*metode istihsan*)

Buku ini semula merupakan bahan kuliah Program Doktor Ilmu Hukum (PDIH) Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UINISSULA) Semarang, mata kuliah kekhususan apabila mahaiswa mengambil disertasi

1 A. Khisni, *Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional*, Cet. 1 (Yogyakarta: Program Doktor Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum UII, 2011), hal. IX.

dalam kajian hukum Islam, sehingga mahasiswa tersebut wajib dibekali ‘pola pikir atas – bawah’ (*normatf – ideologis*) disamping dibekali pula ‘pola pikir bawah – atas’ (*empiris – historis*), supaya sebagai seorang *mujtahid* dalam melhat permasalahann hukum itu utuh (*holistik*) mengaitkan hukum Islam dalam kehidupan yang empiris – aktual.

Seorang mujtahid dalam melihat kehidupan ini, tidak dilihat dalam ‘ruang yang kosong’, tetapi di dalam kehidupan itu terdapat pergulatan kehidupan yang serba kompleks, di dalamnya terdapat latar belakang sosial - historis, *‘illat* hukum, adat kebiasaan, pengaruh budaya, ekonomi, politik, faktor-faktor sosial yang melatar belakangi munculnya hukum Islam, di samping itu bagaimana dampak ketetapan hukum Islam itu terhadap masyarakat.

Karena kata kunci nama mata kuliah ini adalah: “Perkembangan Pemikiran Hukum Islam” yang dalam kurung kami tambah hanya sebagai kata tekan atau memperjelas, yaitu: “Ikhtiyar Pendidikan Doktor Membekali Calon *Mujtahid* Menggali *Maqashid al-Syari’ah* untuk Mewujudkan Hukum Islam yang Kontekstual” maka kajian ini tidak dapat dilepaskan dari kajian hukum Islam dalam pemikiran yang berarti proses berpikir seorang *mujtahid* dalam menemukan *‘ide’* hukum dan *‘mengaplikasikan ide ‘* hukum itu melalui *‘al-ra’yu’* (pemikiran) yang merupakan sumber hukum Islam yang ketiga.

Dari alasan di atas dapat diketahui bahwa hukum Islam itu terdiri dari ‘produk wahyu’, di samping ‘produks akal’. Hukum Islam produks wahyu disebut syari’ah (*an-nushush al-muqaddasah*), *nash* yang suci tidak dicampuri akal manusia, bersifat *qath’i* (pasti), *Ta’abbudi* (apa adanya tidak dicampuri akal manusia, dan berlaku universal. Sedangkan hukum Islam produks akal disebut *fikih* (hukum pemahaman manusia), yang *mutajaddidah* (selalu berkembang), bersifat *dhanni* (dugaan karena hasil *ijtihad*), *ta’aqquli* atau *ma’qulat al-ma’na* (menggunakan akal sehat dalam interpretasinya), dan berlaku kondisional (berbeda disebabkan waktu dan tempat yang berbeda).

Dari judul di atas, terdapat beberapa variabel dalam buku ini yang dijadikan menjadi bab, yaitu: (1) pendahuluan (2) perkembangan pemikiran hukum Islam, (3) pendidikan program doktor (S-3) sebagai calon *mujtahid* , (4) hukum Islam kontekstual dan (5) Penutup, merupakan simpulan dari tulisn ini. Variabel tersebut di atas akan diuraikan sebagai berikut di bawah ini.

BAB II

Perkembangan Pemikiran Hukum Islam

Pemikiran adalah ‘proses’ atau ‘cara’ berpikir tentang hukum Islam. Perkembangan adalah proses berpikir yang tidak dimulai dari titik 0 (nol), tetapi sudah terdapat modal atau bahan untuk mencapai kesempurnaan. Dari sini terdapat permasalahan mengapa ada campur tangan pemikiran manusia dalam hukum Islam?, kemudian faktor-faktor apa saja sebagai penyebab bagi timbulnya pemikiran dalam hukum Islam.[2]

Berpikir merupakan *sunnatullah* untuk menjawab permasalahan kehidupan dalam hal ini adalah bidang hukum (Islam) dengan menggunakan akal sehat. Dalam hukum Islam akal (*al-ra’yu*) merupakan sumber (alat/ metode) hukum Islam yang ketiga melalui *ijtihad*, selain yang pertama dan utama adalah al-Qur’an dan yang kedua as-Sunnah. Pengakuan al-Qur’an terhadap peranan akal pikiran dalam bidang hukum dapat disimpulkan dari kandungan ayat 59 *Surat an-Nisa’*. Perintah untuk mentaati *ulil – amri* dalam ayat tersebut tidak lain pengertiannya adalah menta’ati hasil ijtihad mereka yang dilakukan dengan sungguh-sungguh. Dengan demikian, menggunakan akal pikiran dalam masalah keagamaan (hukum Islam) merupakan tuntutan keagamaan.[3]

Pengakuan al-Qur’an terhadap penggunaan akal pikiran merupakan karunia Allah yang membolehkan manusia ikut campur dalam menentukan aturan hidupnya, juga menempatkan posisi akal pikiran menjadi lebih terhormat dan diakui, dan oleh karena itu para ulama berani tampil sebagai *mujtahid*. Adanya tuntutan untuk menggunakan akal pikiran

2 A. Khisni, *Aliran-aliran Pemikiran dalam Hkum Islam,* Cet. 1 (Semarang: Unissula Press, 2013), hal. 5.

3 *Ibid.,* hal. 9.

dalam masalah keagamaan merupakan salah satu faktor pendorong timbulnya pemiikran dalam hukum Islam. Mengapa masalah keagamaan

dalam hal ini hukum Islam memerlukan campur tangan akal pikiran manusia, padahal hukum Islam itu hukum Allah? Kata kunci masalah pokoknya adalah menyangkut “karakteristik sumber hukum Islam” yang menjadi persoalan utamanya.

Fungsi akal sebagai alat untuk memahami duduk permasalahan yang dimaksud suatu ayat atau Hadits, bukan dalam bentuk penambahan atau pengembangan atau penambahan aturan. Oleh karena itu, bidang *ibadah mahdah,* seperti salat, puasa dan haji tidak berkembang. Dari sini timbullah konsep *bid’ah*, yaitu setiap tambahan dari yang telah diwariskan oleh rasulullah, berarti mengada-ngada atau *bid’ah* yang tercela dalam pandangan agama. Berdasarkan kenyataan tersebut campurtangan pemikiran merupakan hal yang tidak dapat dielakkan dalam *bitasyri’* (pembentukan hukum).

Secara umum akal pikiran dibutuhkan dalam bidang ini dalam hal-hal sebagai berikut:[4] (1) dalam hal di mana suatu teks al-Qur’an atau sunnah tidak menunjukkan kepada suatu pengertian secara tegas dan jelas, sehingga untuk memahami pengertiannya memerlukan pengertian lebih jauh dari yang terlihat di permukaan (*dhanni al-dalalah*), (2) al-Qur’an hanya dikemukakan prinsip-prinsip dasar, tanpa menyebutkan rincian dan aturan pelaksanaannya, maka selama belum ada rincian dan aturan pelaksanaannya dari rasulullah, akal pikiran dapat difungsikan untuk merinci dan membuat aturan tambahan pelaksanaannya, (3) dalam hal di mana suatu kasus atau peristiwa tidak terdapat dalam al-Qur’an atau Sunnah rasulullah aturan hukumnya secara harfiyah. Dalam hal ini akal pikiran berperan untuk melakukan analogi atau ‘pendekatan substansial’ lainnya, seperti *istihsan* dan *istislah* (*maslahah-mursalah*). Bidang ini adalah bidang yang amat luas bagi kewenangan akal pikiran dalam memecahkan permasalahan hukum.

Seperti yang disebutkan di atas, bahwa pendidikan doktor (S-3) merupakan pendidikan *mujtahid*. Oleh karena yang dihadapi mereka adalah *‘manusia dan dinamikanya’*, maka pantas sebagi calon *mujtahid* ia dibekali metodologi (*thariqah*) yang *‘bermazhab manhaji’*. Beda dengan pendidikan

4 *Ibid.,* hal. 13.

tingkat sarjana (S-1) yang baru belajar (*rajulun yata’allamu*) ia dituntut menguasai teks (*syari’ah*) yang bersifat dogmatis dengan *‘bermazhab qauly’* (mazhab tekstual) yang nantinya dikembangkan ke tingkat pendidikan

magister (S-2) yang merupakan pendidikan pengembangan, perpaduan antara *'mazhab qauly*' dengan *'mazhab manhaji'* yang ia berpredikat *'al'alimu yatahaqqaqu'* (orang pintar, karena sudah lulus S-1 untuk melakukan *tahqieq*, yaitu menemukan kebenaran suatu hukum) dan apabila ia melanjutkan pendidikan S-3 sebagai calon *mujtahid* dengan predikat *'al'alimu yadtahidu'* (orang alim, karena pendidikkan S-3 sudah melalui pendidiikan S-1 dan S-2 maka disebut *'alim* yang akan melakukan *ijtihad* yang disebut *mujtahid*) dengan mengunakan metodologi yang kuat untuk sampai dapat mengungkap substansi hukum (*hakikat*) dan ujung-ujungnya sampai tingkatan *ma'rifat* untuk dapat menemukan *'maqashid al-syari'ah'.* Inilah suatu jalan menuju *'kenikmatan'* atau 'kesuksesan' yang dalam bahasa agama disebut: *"shirathal ladzina 'an'amta"* (yaitu jalan orang-orang yang Engkau berikan ni'mat), bukan jalannya orang yang tahu, tetapi tidak mau (*ghairil maghdub*), dan bukan jalannya orang-orang yang mau tetapi tidak tahu (*wala dhallin*). Amiin.

Tidak sedikit ayat-ayat al-Qur'an yang terbuka untuk menerima berbagai penafsiran, serta terbukanya pengembangan hukum lewat pendekatan *substansial*. Hal ini semuanya membuat hukum Islam menjadi dinamis dan mempunyai kapasitas yang luar biasa menapung aneka ragam perkembangan dan perubahan soaial dalam seluruh waktu dan tempat. Perkembanngan pemikiran hukum Islam dimungkinkan dan telah terbukti dalam sejarahnnya melalui peran *ijtihad*.

Dalam metodologi hukum Islam secara prinsip dan mendasar dikaji, mana hukum Islam yang harus stabil (*tsabat*) tidak dapat diubah sepanjang masa, dan di mana terletak unsur-unsur yang bisa dikembangkan secara dinamis sesuai dengan perkembangan zaman. Dengan demikian terdapat kesepakatan di kalangan ulama-ulama besar yang tidak dapat diragukan kemampuannya dan komitmennya terhadap agama Islam, bahwa hukum Islam itu di dalamnya terdapat 2 (dua) unsur, yaitu unnsur *al-tsabat* (stabil) dan unsur al-*tathawwur* (berkembang dan dinamis).[5]

5 *Ibid.,* hal. 15.

Unsur stabil terdapat pada ajaran-ajaran yang ditegaskan dalam al-Qur'an dan Sunnah rasulullah, sedangkan unsur dinamis bisa dikembangkan, terletak pada hukum-hukum yang dalam pembentukannya akal pikiran manusia turut berperan, terutama hukum Islam yang dalam pembentukannya oleh para *mujtahid* didasarkan atas *'urf* atau adat-istiadat. Oleh karena itu,

dalam ijtihad itu yang menjadi obyek utama penelitian adalah al-Qur'an dan Sunnah dalam kaitannya dengan peristiwa-peristiwa kemasyarakatan, maka seorang yang akan melakukan ijtihad hendaknya lebih dahulu mengetahui tentang al-Qur'an dan as-Sunnah.

Ijtihad adalah suatu kewenangan yang diberikan oleh Allah kepada hambanya yang ahli untuk ikut serta menjabarkan kehendakk Allah melalui wahyu-Nya. Oleh karena ketergantungan pengamalan petunjuk Allah dan rasul-Nya kepada *ijtihad*, maka Islam mendorong umatnya untuk melakukan *ijtihad*. Dalam bidang fikih, dengan ijtihad dinamika hukum Islam akan lebih berkembang, dinamis, empiris dan responsif.

Sebagai lembaga hukum, hukum Islam mempunyai corak tersendiri yang bersifat *sui generis* (berbeda dalam jenisnya). Adapun ciri-ciri hukum Islam salah satunya adalah mempunyai dua istilah kunci, yakni: (a) *syari'ah* dan (b) *fikih*. *Syari'ah* terdiri dari wahyu Allah dan Sunnah Nabi Muhammad dan *fikih* adalah pemahaman dari hasil pemahaman manusia.[6]

Berkaitan dengan dua istilah kunci hukum Islam di atas, dapat diketahui hukum Islam mana yang bersifat murni sebagai wahyu Allah dan Sunnah Nabi Muhammad dan hukum Islam mana yang telah dicampuri daya nalar manusia. Untuk itu, bila ditinjau dari proses pembentukan hukum Islam, ahli *ushul fikih* membuat batasan, bahwa '*syari'ah*' adalah *"al-nushush al-muqaddasah"* (ajaran Islam yang sama sekali tidak dicampuri oleh daya nalar manusia) dalam al-Qur'an maupun *as-Sunnah al-mutawatirah*. Adapun *fikih* dalam istilah ushul fikih ialah "pemahaman" atau apa yang dipahami dari *'al-nushush al-muqaddasah'*. Syari'ah bersifat stabil (*tsabat*), sedangkan fikih bersifat dinamis (*tathawwur*).

Untuk itu dapat diterka, aspek mana yang dapat dikembangkan untuk menjawab permasalahan hukum sesuai dengan dinamika perkembangan

6 Muhammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum di Indonesia*, Cet. 5 (Jakarta: PT. radja Grafindo Persada, 1993), hal. 38.

masyarakat. Jawabnya adalah hukum bidang mu'amalah. Hukum bidang ini hanya sebagian kecil yang secara tegas dan rinci, sedangkan pada umumnya berupa prinsip-prinsip dasar secara singkat yang dalam pelaksanaannya memerlukan aturan tambahan. Maka justru pada watak sumber hukum yang singkat dan terbuka tetapi cukup membuat pokok pokok pikiran mengandung makna yang mendalam itulah letak dinamika hukum Islam.

Sebagai contoh perkembangan pemikiran hukum Islam dalam bidang hukum kewarisan. Hukum kewarisan itu dipandang *qath'i* (pasti tidak bisa diubah), akan tetapi pada tingkat *tanfidz* (pelaksanaan) dapat dikembangkan, yaitu menunjukkan adanya kecenderungan amat kuat untuk melakukan proses penyesuaian dengan keadaan setempat tanpa mengorbankan prinsip umum dari hukum waris itu sendiri.

Memperhitungkan faktor lokalitas atau aspek sosiologis dalam pengambilan keputusan atau *ijtihad* dalam hukum Islam merupakan keniscayaan. Contoh yang disebutkan dalam hal ini adalah sebuah diktum dalam karya utama Syekh Arsyad Banjar yang berjudul *Sabil al-Muhtadin*, beliau mengatakan bahwa pembagian waris berdasarkan adat berpantangan. Harta dibagi dahulu antara suami dan istri dan barulah hasil paruhan itu yang dibagikan kepada ahli waris. Ini jelas merupakan pengembangan yang radikal dari konsep semula yang ada dalam al-Qur'an, yaitu bahwa keselruhan harta peninggalan seseorang yang meninggal dunia dibagi antara ahli waris.

Memasukkan adat perpantangan di dalam kitab standar fikih adalah nyata sekali merupakan sebuah hasil *pemikiran kontekstual* yang memperhitungkan masyarakat Banjar yang harus hidup dari kerja di atas sungai (nelayan) baik mengail ikan maupun berdagang. Pekerjaan demikian tidak bisa hanya diakukan oleh suami saja, seperti menyangkul di sawah, melainkan harus dilakukan oleh suami istri bersama-sama dengan jalan membagi kerja antara mendayung perahu dan berdagang atau mengail ikan. Dengan demikian jelas sekali konteks lokal atau soaial masyarakat yang sangat kuat mempengaruhi proses pengambilan putusan hukum Islam melalui rumusan kembali arti pemilikan harta yang diperoleh dari usaha bersama.

Walaupun ketentuan ketentuan tentang perolehan bersama yang ada di daerah banjar agak sedikit berbeda dari kasus-kasus kepemilikan bersama atas harta di negeri-negeri Timur Tengah yang telah mengenal hukum

tersebut di masa lampau. Kontekstualisasi karena terpenuhinya berbagai persyaratan, seperti adanya pemlikan bersama atas harta dalam kasus yang disebutkan di atas, menunjukkan dengan jelas betapa besarnya peluang bagi perumusan kembali hukum agama dalam fikih (hukum Islam) sebuah situasi yang mau tidak mau harus diakui sangat kompleks dalam rumusannya, tetapi yang justeru mampu menjawab tantangan-tantangan zaman.[7]

Dalam wilayah praksis persoalan waris termasuk *historis-empiris* yang tidak lepas dengan sentesa kreatif individual dalam rangka menangkap

pesan-pesan universal al-Qur'an sebagaimana yang dilakukan oleh Umar bin Khaththab. Selama ini para ulama melihat perbandingan yang ada dalam kewarissan lebih bersifat *bayani*. Hal ini didasarkan pada pemahaman terhadap *lafadz zakar* dan *unsa* yang terdapat dalam Surat an-Nisa' ayat 11 yang mana *lafadz* tersebut diartikan jenis dan anak. Oleh kareanya, jika pemikiran tersebut diaplikasikan ke dalam kewarisan akan muncul persoalan tentang konsep 2: 1 antara *zakar* dan *unsa*. Artinya jka *zakar* dan *unsa* berarti jenis, maka konsekuensinya setiap ada jenis laki-laki dan perempuan harus 2:1 dan jika *zakar* dan *unsa* berarti anak, maka setiap anak laki-laki dan perempuan harus 2:1 yang disebut terakhir ini hanya memperlakukan 2:1 bagi anak.[8]

Masalah *gender* termasuk wilayah *law tradition* yang sangat dipengaruhi oleh wacana *epistema* yang mengitarinya, maka ketika persoalan kewarisan dikaitkan dengan persoalan *gender* seyogyanya diprotret dengan *'keuniversalan al-Qur'an'*. Hal tersebut bisa diperhatikan pada pesan-pesan moral yang disyaratkan al-Qur'an. Banyak ayat yang mengajak kita untuk berbuat adil. Oleh karenanya jika pemahaman kita terhadap *nash* tidak terpaku pada sub tema (tiap ayat berdiri sendiri), maka persoalan-persoalan yang selama ini dianggap sakral (*qath'i*) tidaklah perlu dikhawatirkan untuk berubah dalam rangka menangkap perubahan zaman. Sebagaimana diisyaratkan oleh al-Qur'an *Surat al-Zumar* ayat 17 dan 18 yang artinya: *" Sampaikan berita itu kepada hamba-hamba-Ku, yang mendengarkan perkataan lalu mengikuti apa yang paling baik di antaranya ..."*. Ayat tersebut

7 Abdurrahman Wahid, " Pengembangan Fikih yang Kontekstual", *Pesantren No. 2 /Vol. II/1985,* hal. 4-5.

8 Susiknan Azhari, "Pemkiran riffat Hassan (Studi tentang Isu Kesetaraan dan Implikasinya dalam Kewarisan)", *Mimbar Hukum No. 39 Thn IX 1998,* hal. 82-83.

dengan jelas mengisyaratkan agar umat Muhammad bersikap *kreatif dan dinamis*. Selama ini pemahaman terhadap teks-teks al-Qur'an bersifat parsial sehingga sering menimbulkan kontradiktif termasuk persoalan-persoalan kewarisan.

Pengembangan hukum Islam (termasuk hukum kewarisan) tidak dapat dilepaskan dari *aspek filosofis* (keadilan). Interpretasi umat Islam terhadap hukum kewarisan Islam berubah, sesuai dengan perubahan *kondisi sosio-historis*, mobilitas sosial dan kemajuan zaman. Transformasi hukum Islam (kewarisan) banyak mengalami dinamika dan perkembangan, karena hukum Islam bertujuan untuk mengatur kepentingan manusia untuk mencapai

kemaslahatan hidupnya, maka ia senantiasa berkembangdan berjalan sesuai dengan situasi, kondisi dan gerak laju perkembangan umat Islam.

Aspek filosofis dalam pengembangan hukum Islam mengkaji tentang keadilan. Keadilan merupakan tujuan hukum Islam. Banyak dalam al-Qur'an untuk menyuruh berbuat dan menegakkan keadilan. Sifat adil yang terkait erat dengan prinsip keadilan dalam hukum keluarga dan hukum kewarisan, misalnya tercermin dalam persamaan kedudukan pria dan wanita sebagai ahli waris yang mengangkat kembali derajat kaum wanita yang sebelumnya tidak mungkin menjadi ahli waris (pada zaman pra Islam).

Berdasarkan hal tersebut, apabila dikaji mengenai hukum Islam (Waris) dalam konstruksi pemkiran Fazlur rahman, yaitu memahami ungkapan-ungkapan al-Qur'an untuk digeneralisasikan kepada prinsip-prinsip 'moral sosial' dengan cara mengaitkan ungkapan-ungkapan *'spesifik al-Qur'an'* beserta latarbelakang *'sosio historis'* dan dengan mempertimbangkan *'ratio-legis'* (*'illat hukum*) yang dinyatakan dalam ungkapan-ungkapan al-Qur'an dan selanjutnya adalah dengan merumuskan prinsip-prinsip umum tersebut ke dalam *'konteks sosio-historis aktual'* sekarang ini.[9]

Istilah-istilah teknis yang digunakan sebagai metodiknya, seperti ungkapan *"legal Spesifik al-Qur'an"*, *"prinsip moral sosial"*, *"latar belakang sosio historis"* dan *"ratio legis"* (*'illat Hukum*), maka istilah-istilah teknis tersebut merupakan istilah-istilah kunci yang menggambarkan konsep hukum Islam dalam kontruksi pemikiran sebagi aturan-aturan hukum Islam

9 Efrinaldi, "reaktualisasi Hukum Islam, Suatu Kajian Metodologis dalam Pemikiran Fazlur rahman", *Mimbar Hukum No. 50 Thn. XII 2001*, hal. 97.

dalam aspek hubungan bermasyarakat. Hukum Islam dalam aspek ini dapat untuk dikembangkan dan diperbaharui.[10]

Kemungkinan adanya bahaya subyektivitas penafsir, untuk menghindarkan atau setidaknya untuk meminimalkan bahaya subyektivitas tersebut, rahman mengajukan sebuah metodologis yang terdiri dari 3 (tiga) pendekatan yaitu: Pertama, *pendekatan historis* untuk menemukan makna teks. Kedua, pendekatan kontentual untuk menemukan sasaran dan tujuan yang terkandung dalam ungkapan *legal-spesifik*. Ketiga, *pendekatan latar belakang sosiologis* untuk menguatkan hasil temuan pendekatan kontentual untuk menemukan sasaran dan tujuan yang tidak dapat diungkapkan oleh pendekatan kontentual atau disingkat dengan rentetan pendekatan *"historis-kontektual-sosiologis"*.

Langkah pertama, orang harus memahami arti atau makna suatu pernyataan (ayat) dengan mengkaji situasi atau problema historis di mana pernyataan al-Qur'an tersebut merupakan jawabannya. Tentu saja sebelum mengkaji *aya-ayat spesifik* dalam situasi spesifiknya, suatu kajian situasi makro dalam batasan-batasan masyarakat, agama, adat istiadat, lembaga bahkan keseluruhan kehidupan masyarakat di Arabia pada saat Islam datang dan khususnya Makkah dan sekitarnya, harus dilakukan lebih dahulu.

Langkah kedua, adalah membuat pengertian umum respon-respon spesifik tersebut dan menyatakan sebagai yang memiliki tujuan sosial moral umum yang dapat '*disaring*' dari ungkapan ayat-ayat spesifik dalam sinaran latar belakang *'sosio historis'* dan dalam sinaran *'rasional logis'* (*'illat huum*). Dengan demikian langkah pertama, yakni memahami makna dari suatu pernyataan spesifik sudah memperlihatkan ke arah langkah kedua yang membawa kepadanya. Selama proses ini, perhatian harus ditujukan kepada ajaran al-Qur'an sebagai suatu keseluruhan, sehingga setiap arti tertentu yang dpahami, setiap hukum yang dinyatakan, dan setiap tujuan yang dirumuskan akan koherensi dengan lainnya. Al-Qur'an sediri mendakwakan secara pasti bahwa: "ajarannya tidak mengandung kontradiksi dalam, melainkan koheren secara keseluruhan".

Ide pokok yang terkandung dalam gerakan pertama, sebagaimana yang disebutkan di atas, adalah penerapan *"metode induktif (berpikir dari ayat-*

10 *Ibid.,* hal. 98.

ayat spesifik) menuju kepada prinsip", atau dengan kata lain adalah: "berpikir dari aturan-aturan legal spesifik menuju kepada moral sosial yang bersifat umum yang terkandung di dalamnya".

Terdapat tiga perangkat untuk dapat menyimpulkan prinsip-prinsip moral sosial. Pertama, adalah perangkat *'illat hukum* (*ratio legis*) yang dinyatakan dalam al-Qur'an secara eksplisit. Kedua, *illat hukum* yang dinyatakan secara implisit yang dapat diketahui dengan cara menggeneralisasikan beberapa ungkapan spesifik yang terkait. Ketiga, adalah perangkat *sosio-historis* yang bisa berfungsi untuk menguatkan 'illat hukum implisit untuk menetapkan arah maksud tujuannya, juga dapat berfungsi untuk membantu mrngungkapkan 'illat hukum beserta tujuannya yang sama sekali tidak dinyatakan.

Adapun gerakan metodis bagi reaktualisasi hukum Islam adalah sebagi upaya perumusan prinsip-prinsip umum, nilai-nlai dan tujuan al-Qur'an yang telah disistematisasikan terhadap situasi dan atau kasus aktual

sekarang ini. Gerakan ini harus dilakukan dari pandangan umum, menjadi pandangan-pandangan spesifik (*the specific view*) yang harus dirumuskan dan direalisasikan sekarang ini. Artinya, ajaran-ajaran yang bersifat umum tersebut harus dirumuskan dalam *konteks sosio-historis* yang kongkrit sekarang ini. Kerja ini memerlukan kajian yang cermat atas situasi sekarang dan analis berbagai unsur-unsur komponennya, sehingga dapat dinilai situasi sekarang dan mengubah kondisi sekarang sejauh yang diperlukan dan menentukan prioritas-prioritas baru untuk bisa menerapkan nilai-nilai al-Qur'an secara baru pula. Dengan corak pemikiran di atas terdapat kegiatan atau kerja merumuskan prinsip-prinsip umum al-Qur'an menjadi rumusan-rumusan spesifik, maksudnya yang berkaitan dengan tema-tema khusus, misalnya prinsip ekonom Qur'any, prinsip politik qur'any, dan lain-lain di mana rumusan prinsip spesifik tersebut harus mempertimbangkan *konteks sosio historis* yang kongkrit dan bukanlah rumusan spekulatif yang mengawang-awang.[11]

Pemahaman secara akurat terhadap kehidupan aktual yang sedang berkembang dalam berbagai aspeknya seperti ekonomi, politik, hukum, kebudayaan dan sebagainya, dalam kenyataannya kehidupan aktual suatu masyarakat atau bangsa memiliki corak-corak tertentu yang bersifat

11 *Ibid.,* hal. 105.

situasional dan kondisional, selain itu ia sarat akan perubahan-perubahan. Maka tanpa pencermatan siituasi dan kondisi aktual, akan cenderung kepada upaya pemaksaan prinsip-prinsip Qur'any, dan yang demkian itu harus dihindarkan, melainkan melakukan upaya 'perumusan' prinsip-prinsip umum al-Qur'an dalam 'konteks sosio historis aktual. Bahkan suatu prinsip tidak dapat diterapkan sebelum ia dirumuskan kembali.[12]

Penilaian situasi dan kondisi aktual dilakukan dengan sudut pandang prinsip umum al-Qur'an tersebut, sehingga proses penilaian tersebut mengandung fungsi *'mengontrol'* kecenderungan yang menyimpang dari prinsip-prinsip umum yang Qur'any, tidak membiarkannya berkembang secara liberal tetapi ia dimungkinkan berkembang secara progresif dengan kendali prinsip-prinsip Qur'any tersebut dan inilah sebagai upaya reaktualisasi hukum Islam. Akhirnya pandangan di atas menghasilkan rumusan-rumusan spesifik Qur'any mengenai beberapa aspek kehidupan aktual sekarang, rumusan-rumusan tersebut akan menjadi pertimbangan bagi *mujtahid* dalam menetapkan pendapat-pendapat hukum, yakni rumusan-rumusan

spesifik Qur'any mengenai kehidupan aktual dan pendapat-pendapat hukum hasil ijtihad akan mengalami proses interaksi dalam masyarakat.

Terlepas dari kenyataan apakah akan diterima atau ditolak oleh masyarakat, namun secara teoritis pendapat di atas merupakan visi Qur'any yang dibangun dengan mempertimbangkan situasi dan kondisi aktual dan kondisi aktual masyarakat setempat, yakni sebuah visi Qur'any yang realitas. Sampai di sini kerja ijtihad informal telah rampng. Sedangkan kristalisasi hasil *ijtihad* menjadi i*jma'* (konsensus masyarakat) dan kebijakan *taqnin* (penetapan hukum Islam menjadi undang-undang) merupakan upaya sosialisasi hasil *ijtihad*, dan bukan *ijtihad* itu sendiri.

Pengembangan hukum Islam di sisi lain seperti dijelaskan dari aspek-aspek tersebut di atas, juga tidak dapat dilepaskan dari aspek *'pendekatan kritis'*. Misal dalam hukum Waris Islam, peran kaum hawa sekarang sudah sangat jauh berbeda dengan apa yang telah dialami oleh masyarakat Arab pada waktu turunnya al-Qur'an, yakni dominasi kaum laki-laki sementara kaum perempuan hampir dapat dikatakan tidak memainkan peran dalam keluarga apalagi publik, sama sekali tidak.

12 *Ibid.,* hal. 105.

Perlu perumusan ulang dalam hukum (waris) Islam, dengan *paradigma kritis*, yaitu dengan *'teori penyelesaian masalah hukum'* dan *'analisis menuju perubahan'*, seperti yang disampaikan Harun Nasution, Muhammad 'bduh, Ahmad Khan, Munawir Syazali, Nurcholis Madjid dan Ibrahim Hosen. Harun Nasution memperkenalkan teori pembagian ajaran Islam dalam 2 (dua) kelompok besar, yaitu:

(1) Ajaran dasar yang sifatnya tetap, tidak dapat berubah dan diubah, universal, mutlak dan lazim disebut *qath'i* (pasti), ajaran ini mencakup *qath'i al-wurut* (pasti sumbernya, yakni lafaz ayat Qur'an dan Hadits mutawatir), *Qath'i al-dalalah* (pasti maknanya, yakni lafaz yang satu arti dan bilangan, dan *qath'i al-tanfidz* (pasti pelaksanaannya sehingga ada dosa bila ditinggalkan); dan

(2) Ajaran non dasar, yang sifatnya tidak tetap, dapat diubah, lokal, *nisbi* dan lazim disebut *dhanni*. Ajaran ini mencakup *dhanni al-wurud* (diduga sumbernya, yakni *lafaz Hadits Ahad, ijma', ijtihad*). *Dhanni al-dalalah* (diduga maknanya, yakni lafaz yang lebih satu artinya, dan *dhanni tanfidz* (diduga pelaksanaannya, yakni ajaran pilihan yang tidak ada dosa bila ditinggalkan).[13]

Muhammad 'Abduh mengedepankan penggunaan akal dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an karena keduanya tidak bisa saling bertentangan. Keduanya merupakan anugerah Tuhan yang diberikan kepada manusia. Bila terjadi pertentangan (penolakan) akal terhadap *zhahir* (harfiyah) ayat misalnya, maka akal pikiran harus dikedepankan. Caranya adalah bahwa ayat tersebut harus *dita'wilkan* (dipalingkan makna harfiyahnya kepada makna yang lebih rasional), sehingga dapat diterima oleh akal sehat. Memahami ayat secara metaforis sehingga akal lebih leluasa memahaminya dengan baik.[14]

Ahmad Khan memperkenalkan menggunaan hukum alam (*natural law, causality*) dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an. Pandangan ini merupakan kosekuensi logis baginya karena menganut paham *qadariah* (kebebasan

13 Harun Nasution, *Pembaharuan dalam Islam, Sejarah Pemkiran dan Gerakan,* (Jakarta: Bulan Bintang, 1983), hal. 34.

14 Muhammad 'Abduh, Thahir al-Tanawi (ed), *Al-Islam Din al-'ilm wal Madaniah*, (Kairo: Al-Ta'rif bil Islam, 1964), hal. 68.

manusia memilih). Menurutnya, segala sesuatu yang terdapat di alam inii haruslah sesuai dan tunduk pada hukum alam, hukum sebab akibat, termasuk pemahaman ayat sehingga semuanya dapat sesuai dengan pengetahuan dan kemajuan baru yang dicapai manusia.[15]

Munawir Syazali memperkenalkan reaktualisasi hukum Islam dengan menggunakan *teori nasakh* (penghapusan suatu hukum). Menurutnya bila suatu hukum lahir karena latar belakang tradisi lalu tradisi tersebut hilang, maka hukumnya juga dengan sendirinya terhapus oleh tradisi dan ada kerena *al-'adah muuhakkamah* (tradis bisa menjadi dasar hukum). Selain itu, ia juga mengedepankan bahwa setiap hukum Islam pasti menghendaki *kemaslahatan*. *Kemaslahatan* yang didasarkan pada rumusan akal lebih dapat didahulukan dari pada *arti lahir nash* dan bisa merupakan *dalil syari'* yang mandiri sekaligus bisa menjadi landasan (*hujjah*) terutama soal mu'amalat. [16]

Murchalis Madjid memperkenalkan teori modernesasi dan rasionalisasi, khususnya dalam urusan kehidupan dunia. Umat Islam tidak boleh bersifat tradisional, menjaga status quo, tetapi senantiasa berusaha mengarah kepada tata cara berpikir akliah (rasional). Ia hendanya menghadapi urusan kehidupannya dengan senantiasa terbuka untuk menggunakan penemuan ilmu terbaru. Urusan dunia harus benar-benar dihadapai menurut hukum dunia sehingga selalu ada perubahan. Manusia memiliki kebebasan sesuai

dengan perannya sebagai khalifah. Dalam urusan dunia, tidak boleh ada orang sakral, tetapi semuanya harus *didesakralisasi* karena hanya Tuhanlah yang *transenden*, tetap dan suci. Inlah wujud tauhid yang sesungguhnya.[17]

Ibrahim Hosen mengedepankan adanya dua pandangan dalam melihat suatu ajaran, yakni: *ta'abbudi* dan *Ta'aqquli*, dan ada kesepadanan dengan *qath'i* dan *zhanni*. *Ta'abbudi* maksudnya adalah bahwa ajaran yang terdapat dalam syari'at harus dilaksanakan apa adanya, tetepi sebaliknya *ta'aqquli* memberi kesempatan kepada akal untuk melakukan *ijtihad* sehngga bisa dilakukan perumusan ulang. Untuk yang kedua ini, *'illah al-hukm atau*

15 Bustami M. Said, *Mafhum Tajdid al-Din*, (Kuwayt: Dar al-Dakwah, 1984), hal. 124.

16 Munawir Syadzali, reaktualisasi Ajaran Islam, (Jakarta: Paramadinah, 1985), hal. 253 -262.

17 Nurchalis Madjid, *Islam Kemodernan dan Keindonesiaan*, (Bandung: Mizan, 1994), Hal. 187.

maqashid al-sari'ah (tujuan hukum) sangat diperhatikan dan akal sangat memegang peranan penting. Selain itu, iapun memperkenalkan istilah *qath'i bijami' al-ahwal dan qath'i biba'hd ahwal*. Teori terakhir ini dikaitkan dengan masalah pelaksanaan (*tathbiq*)nya. Menurutnya *nash-nash yang qath'i* maknanya (pasti dan tidak dapat diubah lagi maknanya) masih harus dapat dilihat apakah pelaksanaan berlakunya dalam segala kondsi (*jamai' al-ahwal*) atau hanya berlaku dalam kondisi tertentu (*biba'dh al-ahwal*). Untuk yang pertama, tidak ada lagi *ijtihad* karena tergolong *syari'ah*, sedangkan yang kedua masih diperlikan *ijtihad* dalam penerapannya karena ada pilihan atau *rukhshah* dan inilah yang disebut fikih.[18]

Hal-hal inilah yang dipegang oleh kaum modernis bahwa perubahan pemahaman dan penerapan ajaran Islam dapat dilakukan karena terjadi perubahan situasi dan kondisi. Kalau Umar bin Khaththab yang hanya berselang dua tahu dengan Nabi sudah berani melakukan perubahan dan pembaharuan pemahaman, maka apalagi ketika jarak waktu antara Nabi dengan umatnya sudah mencapai 14 Abad lamanya, terutama soal *mu'amalah* (urusan kehidupan umat), sudah pasti telah terjadi perubahan yang luar biasa sehingga diperlukan pembaharuan pemahaman (*tajdid al-fahmi*) dan ijtihad baru yang lebih sesuai dengan kebutuhan umat di zamannya.

Pada modernis memandang praktek Umar bin Khaththab sebagi contoh dalam pengembangan hukum Islam misalnya. Contoh ini lalu ditangkap substansinya, yakni perubahan kondisi membawa kepada perubahan hukum dan pelaksanaan ajaran Islam (al-Qur'an). Dari sini dapat diketahui,

bahwa ajaran Islam dapat pula dilihat sebagai sebuah ajaran normatif atau sosiologis. Khususnya mengenai pemahaman ayat, maka diperlukan peninjauan terhadap konteks atau tema pembicaraan beberapa ayat karena saling keterkaitan suatu sama lain antar ayat.

Dalam konteks analisis menuju perubahan, bahwa hukum (kewarisan) Islam yang tercantum secara jelas dan tegas dalam al-Qur'an dapat dilakukan perubahan-perubahan sesuai dengan kondisi, kebutuhan rasa keadilan, dan kemaslahatan yang diperlukan Umat Islam. Khususnya di Indonesia, memang al-Qur'an menyebutkan secara jelas adanya perbandingan yang lebih besar

18 Ibrahim Hosen, "Beberapa Catatan reaktualisasi Hukum Islam", dalam Munawir Syadali, *Kontekstualisasi Ajaran Islam,* (Jakarta: Paramadina, 1995), hal. 273 - 277).

bagian laki-laki dibandingkan dengan bagian perempuan. Misalnya *QS. Al-Nisa'* ayat 11 dan 176, " ... *li al-dzakar mitsl hazh al untsayayn...*) (... bagian seorang laki-lakii sama dengan dua orang perempuan).

Jelas kedua ayat inilah boleh disebutkan sebagai induk dan prinsip utama dalam hukum *faraidh* yang menjadi acuan para ahli hukum Islam ketika dilakukan pembagian waris. Bagi kebanyakan ulama, hukum ini sudah tidak bisa diganggu gugat karena sudah tergolong ayat *muhkamat* (jelas penerapan hukumnya) atau *qath'i* (pasti hukumnya) sehingga tidak ada lagi kemungkinan untuk dilakukan ijtihad dan perubahan. Yang harus dilakukan adalah mengikuti apa adanya. Namun bila digunakan beberapa teori yang telah dipaparkan, maka hukum *faraidh* meski didasarkan pada ayat yang sedemikian statusnya masih sangat memiliki peluang untuk dilakukan penyesuaian , pembaharuan dan perombakan ulang (*rekonstruksi*).

Dari analisis menuju perubahan dengan menggunakan teori-teori penyelesaian masalah hukum (kewarisan) Islam seperti yang diuraikan di atas sebagai berikut: [19] Memang benar ayat tersebut tergolong ajaran dasar yang tidak dapat diubah, tetap dan sifatnya *qath'i*, demikian menurut Harun Nasution. Namun, sifatnya *keqath'iyan*nya hanya mencakup dua hal, yakni dari segi lafaznya yang berasal dari Allah dan maknanya karena mengenai bilangan (matematis). Dari segi kedua tersebut, *benar qath*,i tidak dapat diubah, harus tetap dan sifatnya mutlak diterima apa adanya. Tak seorang ulamapun menurutnya dibenarkan lafaz al-Qur'an termasuk mengubah arti 2:1. Namun dalam segi pelaksanaannya (*tanfidz*), maka ayat tersebut tidak tergolong hukum dasar, tetapi non dasar atau *dhanni*. Disebut demikian karena pelaksanaan pembagian waris 2:1 hanyalah merupakan

salah satu pilihan. Ketika sebuah keluarga sebagai ahli waris untuk memilih jalan lain dengan landasan kesepakatan, rela bersama, dan pertimbangan kemaslahatan keluarga tersebut, mereka sama sekali tidak dipandang menyalahi atau menentang al-Qur'an. Malahan keluarga tersebut sama sekali tidak mendapatkan dosa atas kesepakatan untuk memilih jalan lain.

Dalam pada itu, Muhammad 'Abduh memberi peluang besar untuk *mentakwilkan* ayat seraya meninggalkan arti harfiyah ayat dan dengan

19 Jalaluddin rahman, "Perumusan Ulang Hukum Waris Islam: Sebuah Pendekatan Pembaharuan dalam Islam", *Mimbar Hukum No. 63 Thn. XV 2004,* hal. 89-90.

demikian yang dipilih makna *mitaforis*. Dengan akal, 'Abduh meminta umat Islam agar melakukan ijtihad untuk mencari sebuah penafsiran atau rumusan baru terhadap ayat al-Qur'an tidak terkait dengan ibadah. Akal sangat perlu memainkan peran besar dalam memberikan tafsiran yang tentunya lebih cocok dengan kondisi riil masyarakat Islam. Ini berarti dengan teori tersebut, seorang ulama masa kini dapat menggunakan akalnya agar dapat men*takwil*kan ayat yang tergolong *qath'i* tersebut karena soal waris bukan soal ibadah, melainkan sebuah urusan mu'amalah, khusus di bidang keluarga, ayat ini di*takwil*kan secara metaforis bahwa yang bisa ditangkap adalah pesan keadilan 2:1 yang tercantum secara harfiyah dalam ayat ditangkap pesan keadilan. Itulah yang harus dijunjung tinggi dan dilaksanakan oleh umat Islam dalam membagi warisannya sebagai pengamalannya terhadap al-Qur'an. Kini, pembagian yang tidak seimbang tersebut nyata-nyata sangat tidak dapat diterima oleh umat Islam di negeri ini sebagai sebuah aturan yang memenuhi rasa keadilan. Secara nyata peran lelaki dan perempuan sudah sama dan tidak lagi persis sama dengan apa yang terjadi di saat turunnya ayat, yakni kaum perempuan boleh disebutkan tidak memainkan peran, baik dalam domestik apalagi dalam bidang publik.

Kalau Ahmad Khan memperkenalkan teori hukum alam (*kausalitas*) dalam memahami ayat-ayat, maka dengan mudah warisan 2:1 ini diubah sesuai dengan hukum kausalitas. Ketika kaum perempuan kurang mengambil peran domistik atau publik, maka bagian yang cocok baginya adalah separuh bagian laki-laki. Namun ketika peran sudah meningkat dan tidak ada lagi perbedaan antara laki-laki dan perempuan, maka bagian perempuan haruslah berubah pula disebabkan adanya perubahan peran tersebut, demikian tuntutan hukum sebab akibat sebagai alat memahami al-Qur'an.

Munawir Syazali jelas ingin melakukaan reaktualisasi secara mempertimbangkan unsur kondisi sosial, adat dan *kemaslahatan*. 2:1 jelas tidak lagi memenuhi unsur-unsur tersebut dan dapat diubah menjadi 1:1, yakni adanya pembagian sama tanpa dilihat jenis kelamin dan hukum inilah yang menjadi dasar *hukum faraidh Islam*. Dengan teori *rasionalisasi* dan *desakralisasi*, maka hukum waris sebagai contoh dapat dilakukan perubahan menjadi seimbang antara hak anak laki-laki dan perempuan. Soal wars adalah *urusan dunia*, hubungan antara para ahli waris. Hukum yang bersifat diskriminasi sudah saatnya dirasionalisasi, diselesaikan dengan rasa keadilan

yang hidup dalam masyarakat Islam, dan tidak perlu disakralkan karena umat terkait dengan kebutuhan sebuah masyarakat. Kini, umat Islam sudah mengenal emansipasi dan terakhir kesetaraan gender dalam urusan domistik dan publik. Hal ini merupakan sebuah rumusan kecerdasan manusia dalam menjalani kehidupan dunianya. Umat Islam haruslah secara rasional terbuka untuk menerima hal itu dengan terciptanya sebuah kemaslahatan. Lagi pula ajaran persamaan sangatlah dijunjung tinggi oleh al-Qur'an yang merupakan salah satu yang direformasi oleh Islam sejak awal kedatangannya.

Teori Ibrahim Hosen yang menegaskan adanya pendekatan *ta'aqquli* seraya memperhatikan *maqashid al-syari'ah* sangat memberi peluang akal untuk merumuskan hukum Islam yang lebh sesuai dengan tuntutan zaman. Selain itu, beliau juga melihat bahwa tidak semua yang *qath'i* dengan sendirinya harus diperlakukan dalam segala hal. Inilah yang dimaksudnya dengan unsur pelaksanaan (*tathbiq*). Buktinya, pembagian waris yang didasarkan kepada kesepakatan untuk membagi sama menunjukkan ayat 2:1 hanya *qath'i* dalam sebagian kondisi (*qath'i biba'dh al-ahwal*).

Dari pemikiran tersebut di atas dengan melihat lahirnya reformasi total di Indonesia menjadi kesempatan dan sekaligus tantangan bagi kajian hukum Islam. Kalau semula kajian hukum Islam, seolah melangit atau mengawang-ngawang, oleh karena menghafal hasil pemikiran ulama yang telah sekian abat lalu, kini kajian hukum Islam harus mampu bersifat empiris dan realistis. Hukum Islam harus mampu berperan dan berdaya guna untuk keperluan kehidupan umat Islam dan bangsa Indonesia pada umumnya. Usaha positivisasi hukum Islam merupakan suatu keharusan baik dalam kajian akademik yang selalu mengikuti elektisisme maupun proses demokratisasi yang berdasarkan mayoritas penduduk dan pada akhirnya menjadi tantangan bahwa Islam harus menunjukkan janji besarnya yakni *rahmatan lil 'alamin*

dan *li tahqiq mashalih al-nas* (untuk memastikan terwujudnya kemaslahatan manusia).[20]

Walaupun dalam praktik hukum Islam belum dapat berperan secara menyeluruh dan penuh, namun ia tetap memiliki arti yang besar bagi pemeluknya dengan dasar antara lain, ia tetap memiliki arti yang besar

20 A. Qodri Azizy, "Hukum Islam sebagai Sumber Hukum Positif dalam reformasi Hukum Nasional", dalam *Mimbar Hukum No. 54 Thn. XII, 2001,* hal. 74.

bagi pemeluknya dengan dasar antara lain, ia turut menciptakan tata nilai yang mengatur kehidupan mereka, minimal dengan menetapkan apa yang dianggap baik dan buruk, apa yang menjadi perintah, anjuran, berkenan dan larangan agama. Keseluruhan pandangan hidup umat Islam ditentukan oleh tanggapan masing-masing atas tata nilai tersebut, yang pada gilirannya berpengaruh atas pilihan segi-segi kehidupan yang dianggap penting dan atas cara mereka memperlakukan masa depan kedidupan mereka sendiri.[21]

Dalam perkembangan pemikiran hukum Islam, hukum Islam dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional, maka pembaharuan hukum Islam mutlak dilakukan dengan cara mengembangkan prinsip-prinsip hukum Islam. Tanpa adanya interaksi antara prinsip-prinsip hukum Islam dengan perkembangan masyarakat, maka cita-cita ingin mewujudkan hukum Islam menjadi hukum nasional tidak mungkin tercapai.[22] Legislasi hukum Islam merupakan manifestasi modernisme Islam yang terpenting. Dengan integrasi hukum Islam dengan hukum nasional, maka berbagai persoalan intern epistemologi hukum Islam akan terpecahkan dengan sendirinya.

Mentransformasikan prinsip-prinsip hukum Islam ke dalam hukum nasional sangat-sangat dimungkinkan. Ha ini dapat dilihat ada beberapa kekuatan dan peluang dalam hukum Islam, antara lain dalam hal kekuatan: [23]

a. Karakter hukum Islam yang universal dan fleksibel serta memiliki dinamika yang sangat tinggi karena ia memiliki dua dimensi, yaitu *tsabat* (konsistensi) dan *tathawwur* (transformasi) yang memungkinkan Islam selalu relevan dengan perubahan sosial dan temporal yang selalu terjadi;

b. Sebagai hukum yang bersumber kepada agama, hukum Islam memiliki daya ikat yang sangat kuat, tidak terbatas sebagai aturan yang berdimensi profan humanistik, akan tetapi berdimensi transendental;

21 Abdurrahman Wahid, *Muslim di Tengah Pergumulan*, (Jakarta: LEPPENAS, 1981), hal. 66.

22 Cipto Sembodo, "reintroduksi Hukum Islam dalam Wacara Kebangsaan", dalam *Mimbar Hukum No. 53 Thn. XII 2001,* hal. 11-12.

23 Maksun, "Konstitusionalisasi Hukum Islam dalam Sistem Hkum Nasional", Mimbar Hukum No. 51 Thn. XII 2001, hal. 33-34.

c. Hukum Islam didukung oleh mayoritas Penduduk Indonesia, karena mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam;

d. Secara historis dan sosiologis hukum Islam telah mengakar dalam praktik kehidupan hukum masyarakat.

Adapun peluang hukum Islam ditransformasikan ke dalam hukum nasional, antara lain:

a. Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum di Indonesia dan UUD 1945 sebagai konstitusi negara memberi kedudukan penting bagi agama. Hal ini membuka peluang bagi dikembangkannya hukum yang bersumber dari agama (hukum Islam);

b. Pengembangan *hukum* diarahkan untuk tumbuhnya kesadaran hukum masyarakat yang mayoritas beragama Islam tidak dapat dilepaskan dari hukum Islam. Ini berarti hukum nasional yang dikehendaki negara rI adalah hukum yang menampung dan memasukkan hukum agama dan tidak memuat norma-norma yang bertentangan dengan hukum agama;

c. Adanya *politicel will* dari pemerintah untuk dikembangkannya hukum Islam dalam sistem hukum nasional meskipun masih terbatas;

d. Masyarakat muslim Indonesia memiliki keinginan kuat untuk berhukum dengan hukum agama (hukum Islam) sesuai tuntutan akidahnya.

Walaupun begitu campur tangan negara terlalu jauh dalam pembentukan hukum agama tidak selamanya menguntungkan. Pengalaman birokrasisasi hukum agama memang mengharapkan keteraturan, akan tetapi apabila jaringan negara semakin kuat, sehngga kebebasan individu semakn terbatas. Dengan demkian pelaksanaan syari'ah ada yang dilakukan individu tanpa bantuan negara atau masyarakat, ada pula yang dilaksanakannya memerlukan bantuan masyarakat walaupun tidak perlu kekuasaan negara, ada pula yang tidak mungkin dilaksanakan tannpa campur tangan negara.[24]

24 Syamsul Anwar, *Studi Hukum Islam Kontemporer,* Cet. 1 (Yogyakarta: Cakrawala Press, 2006, 2006), hal. 7.

Kaitan dengan itu perlu dibedakan dalam pengkajian dan penelitian antara hukum Islam yang bersifat *qadha'i* (yuridis) dengan *diyani* (etis). Disebut *qadha'i*, karena hukum Islam yang berhubungan dengan permasalahan yuridis yang telah menyentuh kepentingan sosial masyarakat, dan disebut *diyani* karena hukum Islam bersifat etis dan secara pribadi menuntut ketundukan dan kepatuhan. Hukum yang bersifat *diyan*i dapat ditangani secara profesional oleh *mufti* melalui fatwa, sedangkan hukum Islam yang bersifa *qadh'i* dilaksanakan oleh hakim melalui peradilan. Dalam konteks Indonesia, maka hal itu memerlukan peneltian hukum Islam yang bersifat *qadha'i* (yuridis) terhadap prakek-praktek hukum Islam yang pernah berlaku di kerajaan-kerajaan Islam nusantara untuk merekonstruksi tradisi serta pemikiran hukum Islam yang pernah eksis di kawasan nusantara masa-masa lalu.

Hukum Islam *diyani* (etis), tentu tidak perlu dilembagakan dalam peraturan resmi kenegaraan karena menyangkut kepentingan individu-individu masyarakat. Sebaliknya hukum Islam *qadha'i* (yuridis) perlu mendapatkan pengakuan dan pengaturan resmi negara, ketika telah menyangkut aktivitas dan dinamika sosial. Hal ini penting karena menyangkut urgensi penegakan dan pengaturan hukum tersebut sesungguhnya dalam rangka menjamin toleransi dan ketertiban hukum dalam masyarakat itu sendiri.

Kajian pokok di atas menyangkut upaya pembangunan bidang materi hukum Islam di Indonesia. Sebagai konsekuensi negara hukum yang berdasarkan jati dirinya berdasarkan hukum, maka hukum itu berlaku kalau didukung oleh tiga tiang utama, yaitu: (1) lembaga atau penegak huum yang dapat diandalkan, (2) peraturan hukum yang jelas, dan (3) kesadaran hukum masyarakat.[25] Ketiga tiang utama itu merupakan satu sistem yang saling kait mengkait dan tidak dapat dipisahkan antara bagian satu dengan bagian lainnya.

Pembangunan hukum merupakan bagian dari pembangunan nasional. Hukum bukan saja sekedar sebagai alat, tetapi juga pembangunan nasional itu sendiri harus berada dalam kerangka hukum.[26] Menurut Ismail Saleh,

25 Mohammad Daud Ali, "Hukum Islam: Peradilan Agama dan Masalahnya", di dalam Yuhaya S. Praja (ed) *Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek,* Cet. 1 (Bandung: remaja rosdakarya, 1991) hal. 87.

26 Barda Nawawi Arief, "Pengagalian Hukum dalam rangka Tujuan Pembangunan Nasional", Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, Semarang 16-18 Oktober 1990, hal. 1.

ada tiga dimensi pembangunan hukum nasional. Pertama, adalah dimensi pemeliharaan, Kedua, dimensi pembaharuan, dan ketiga, dimensi penciptaan, yang berarti dimensi dinamika dan kreativitas.[27] Pemikiran hukum Islam baik penggalian hukum maupun pengembangan hukum merupakan bagian dari dimensi kedua dan ketiga. Pengagalian dan pengembangan hukum merupakan satu kebutuhan dan sekaligus merupakan satu konsekuensi logis untuk dapat melakukan pembaharuan dan penciptaan hukum baru dalam rangka mewujudkan hukum nasional.

Pada hakikatnya pembangunan dan pembinaan hukum nasional adalah pembinaan asas-asas hukum, prinsip hukum, dan kaidah-kaidah hukum yang mampu menjadi sarana dan menjamin keadilan, kebenaran dan ketertiban, dan kepastian hukum sehingga terwujud suatu masyarakat Indonesia yang bebas, sama, damai dan sejahtera. Dari sudut ini, pembinaan hukum nasional mengandung makna pembaharuan atau pembentukan asas-asas hukum, prinsip-prinsip hukum dan kaidah-kaidah hukum baru.[28]

Dalam perkembangan pemikiran hukum Islam dijumpai pergulatan antara *teks* dengan *konteks*, lalu teks dikembangkan berupa pengembangan teks undang-undang (*tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun*) melalui ijtihad (hakim) tampaknya sangat dibutuhkan berhubung banyaknya persoalan yang belum diatur oleh hukum dan/atau telah diatur dalam hukum tertulis, tetapi masih kurang jelas artinya sehingga menimbulkan penafsiran yang berbeda-beda. Memang yang dihadapi oleh pengadilan adalah *"hukum kasus"*, hakim melihat fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi sengketa atau perkara yang harus dibuktikan di pengadilan berupa suatu yang telah terjadi, lalu hakim setelah memperhatikkan segala keterkaitan segalanya mencarikan hukum yang paling tepat untuk kasus tersebut.

"Hukum Kasus" dibedakan dengan *"hukum dalam fungsi mengatur"*, karena hukum dalam fungsi mengatur bersifat netral, lepas dari konteks dan fakta dan peristiwa. Hukum kasus diistilahkan "*ahkam nafs al-waqi'* "

27 Ismail Saleh, "Wawasan Pembangunan Hukum Nasional", Makalah dalam Dialog tentang Pembangunan Hukum Nasional, Memperingati 8 Windu Pondok Modern Gontor Indonesia, 17 Juni 1991, hal. 2-4.

28 Bagir Manan, "Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional", di dalam Yuhaya S. Praja, *Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek*, Cet. 1 (Bandung: remaja rosdakarya, 1991), hal. 150.

atau “*ahkam da’wa al-waqi’* “, sedangkan hukum dalam fungsi mengatur diistilahkan dengan “*ahkam hifd al-huquq*”.[29]

Mengapa demikian, yang menjadi masalah pokok adalah Undang-undang (Hukum Islam atau *syari’ah*) telah selesai pengundangannya atau pewahyuannya (*al-nushush mutanahiyah*), tetapi persoalan kemanusiaan dan kehidupan masyarakat muslim Indonesia sekarang secara kualitas dan kuantitas selalu berkembang dinamis dan tiada hentinya (*ghairu mutanahiyah*). Dengan kata lain *‘al-syari’ah mutahaddidah’* (syari’ah terbatas), akan tetapi *‘al-waqa’i mutajaddidah’* (kejadian-kejadian dalam kehidupan selalu berkembang). Dari sini terdapat kesenjangan antara *‘law in books’* dengan *‘law in action’* (hukum Islam dalam buku dengan hukum Islam dalam praktek) kehidupan masyarakat muslim yang terus berkembang, dinamis dan tiada hentinya.

Untuk menjawab persoalan di atas, maka peran akal (*al-ra’yu*) sangat penting dalam doktrin Islam, yaitu sebagai salah satu sumber atau alat *ijtihad* (upaya sungguh-sungguh untuk menemukan hukumnya sesuatu yang belum ada hukumnya), selain sumber ajaran Islam yang lain, yaitu al-Qur’an dan Sunnah. Islam berisi akidah, syari’ah dan akhlak. Ketiganya ini dikembangkan oleh akal manusia melalui *al-ra’yu* via ijtihad yang disebut “ilmu keislaman”. Akidah dikembangkan oleh akal manusia disebut ilmu tauhid. Syari’ah dikembangkan oleh akal manusia disebut ilmu fikih. Akhlak dikembangkan oleh akal manusia disebut *ilmu tasawwuf*. Apa yang dihaslkan oleh akal manusia itu disebut “produk ijtihad” yag secara garis besar disebut “ilmu keislaman”. Tentu sebagai produk pemikiran akal manusia, apapun yang dinamakan “ilmu” pasti relatif, subyektif, kontemporer dan kondisional.

Hukum Islam dalam teks bersifat *normatif, deduktif dan dogmatis*, sedangkan masalah yang dihadapi umat muslim Indonesia, seperti hukum bidang keluarga atau mu’amalah dalam konteks kehidupan masyarakatnya bersifat *empiris, induktif dan historis (kontekstual)*, maka dalam mengaplikasikan hukum Islam adalah menghadapi masalah hukum yang nyata (dalam kasus/sengkata kejadiian hukum) harus dengan mempertimbangkan latar belakang kejadian kasus/sengketa hukum itu dengan melihat hal-hal yang bersifat *empiris, induktif* dan *historis (kontekstual) itu*.

29 roihan A. rasyid, “Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur”, *Mimbar Hukum No. 19 Thn V 1995*, hal. 15.

Dengan demikian kalau dilihat bekerjanya atau fungsionalisasi hukum Islam itu melalui 3 (tiga) tahap yaitu: pertama, *tahap formulasi* (pembuatan).

Kedua, *tahap aplikasi* (penerapan oleh pengadilan terhadap kasus/kejadian). Ketiga, *tahap eksekusi* (pelaksanaan). Pada tahap formulasi disebut pula tahap pembuatan suatu hukum Islam dalam bentuk perundang-undangan yang nantinya akan ditegakkan apabila terjadi suatu peristiwa atau kasus hukum. Pada tahap aplikasi disebut tahap penerapan hukum terhadap suatu kasus yang terjadi dengan melalui proses peradilan. Di sini tugas hakim melakukan penerapan hukum melalui ijtihad atas kejadian/kasus perkara yang diajukan kepadanya untuk memutus menemukan hukumnya perkara yang diajukan kepadanya itu. Pada tahap eksekusi berarti tahap pelaksanaan putusan hukum melalui proses peradilan yang benar-benar dijalankan. Di sini hukum yang diterapkan adalah *'hukum kasus'* atau 'hukum pemahaman' yang sering terjadi seakan-akan tidak sesuai dengan undang-undang dan sebetulnya merupakan wujud pengembangan teks undang-undang (*tahrij al-ahkam 'ala nashil qanun*) untuk mencapai keadilan yang dimaksud oleh undang-undang itu.

Dilihat dari perkembangan pemikiran hukum Islam, dapat diketahui bahwa karakter hukum Islam dapat dipahami sebagai wujud pemahaman dan apabila karekter hukum Islam itu sebagai produk 'ilmu' di atas tercermin adanya hukum Islam sebagi produk penalaran yang berarti pula menerima konsekuensi-konsekuensi sebagai ilmu. Di antara konsekuensi-konsekuensi itu adalah:

1. Hukum Islam sebagai ilmu adalah skeptis;
2. Hukum Islam sebagai ilmu bersedia untuk dikaji ulang; dan
3. Hukum Islam sebagai ilmu tidak kebal kritik.[30]

Di samping problem-probem akademis hukum Islam sebagai ilmu di atas, upaya mencari solusi dan perumusan metodologi studi dan pemkiran hukum Islam yang komprehensip yang merupakan kerangka dasar pemikiran hukum Islam, juga sudah saatnya studi hukum Islam dewasa ini dikembangkan melalui kerangka sosiologi hukum, mengkaji hukum Islam dalam buku (*law in books*). Masalah yang dikaji terhadap hukum Islam dengan kerangka sosiologi adalah:

30 Abdul Wahab Afif, *Fikih (Hukum Islam) antara Pemikiran Teoritis dengan Praktis,* (Bandung: Fakultas Syari'ah Gunungjati, 1991), hal. 5.

1. Faktor-faktor sosial, politik, dan kultural apa yang melatarbelakangi munculnya suatu hukum Islam itu;
2. Bagaimana dampak ketetapan hukum Islam itu terhadap masyarakat.

> Kedua aspek tersebut adalah wilayah sosiologi, sedangkan pendekatan historisnya adalah dalam rentang waktu kapan suatu ketetapan hukum itu lahir.[31]

Pemahaman terhadap hukum Islam pada tingkat pelaksanaan atau penerapan tidaklah bersifat absolut, tetapi relatif sesuai dengan sifat relatif manusia tu sendiri dan sifat relatif perkembangan sosial yang mempengaruhi perkembangan hukum Islam. Sifat relatif inii merupakan ciri pokok dari efektifitas ilmu sosial yang dikenal saat ini, dengan model berpikir induktif sebagai mana dikenal dalam penelitian ilmu sosial. Semuanya itu menyangkut proses ijtihad dan bagaimana pula memahami hasil-hasil ijtihad itu sendiri, semuanya itu membutuhkan penelitian yang mendalam menyangkut persoalan-persoalan dalil dan hal-hal yang berkaitan dengan proses ijtihad tersebut. Di sinilah model pendekatan *doktriner – normatif – deduktif* tidaklah cukup dan harus dikombinasikan dengan model pendekatan kedua, yaitu: *empiris – historis – induktif*.[32]

31 M. Atho' Mudzhar, *Pendekatan Studi Islam dalam Teori dan Praktek,* Cet. 1, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1998), hal. 246.

32 Akhmad Minhaji, yang Dikutip oleh Yusdani, Penerjamah, *Metodologi Hukum Islam Kontemporer*, oleh Taha Jabir al-Alwani, Cet. 1, (Yogyakarta: UII Press, 2001), hal. XVI – XVII.

PENDIDIkAN PrOgrAm DOkTOr (s-3) sEBAgAI CALON *MUJTAHID*

Pendidikan program doktor (S-3) merupakan pendidikan calon *mujtahid,* berarti mempersiapkan anak didik dalam tingkat pendidikan tertinggi menjadi seorang ahli hukum proesional yang bersunngguh-sungguh untuk menemukan hukumnya sesuatu yang belum ada hukumnya (legalitasnya), baik melakukan *ijtihad istimbati* (menggali hukum dari sumbernya baik melalui al-Qur'an maupun as-Sunnah), maupun melalui *ijtihad tatbiqi* (menerapkan *ide* hukum) dalam suatu kasus hukum atau kejadian hukum tertentu dengan menerapkan *ruh* (jiwa hukum) dari suatu tujuan hukum (*maqashid al-syari'ah*).

Tugas seorang *mujtahid* adalah melakukan ijtihad. Berikut ini akan kami jelaskan tentang ijtihad.[33] Kata *ijtihad* secara etimologi bererti bersunggh-sungguh dalam menggunakan tenaga baik pisik maupun pikiran. Kata *ijtihad* seperti dikemukakan Al-Ghazali, biasanya tidak digunakan kecuali pada hal-hal yang mengandung kesulitan. Oleh karena itu tidak disebut berijtihad jika hanya menyangkut hal-hal yang mengandung kesulitan. Dari kalangan Hanafiyah mendifinisikan ijtihad sebagai: "pengarahan kemampuan untuk menemukan kesimpulan hukum-hukum syara' sampai ketingkat *dhanny* (dugaan keras) sehingga *mujtahid* itu merasakan tidak lagi bisa lebih dari itu".

Sedangkan Al-Baidawi (w. 685 H.) ahli usul fikih dari kalangan Syafi'iyah mendefenisikan ijtihad sebagai: pengerahan seluruh kemampuan dalam upaya menemukan hukum-hukum syara' ". Lebih jelas lagi defenisi ijtihad menurut Abu Zahrah, ahli usul fikih yang hidup pada Abad kedua puluh

33 A. Khisni, EPISMEMOLOGI HUKUM ISLAM (Sumber dan Dalil Hukum Islam, Metode Istimbath dan Ijtihad dalam Kajian Epistemologi Usul Fikih), Cet. 1 (Semarang: Unissula Press, 2012), hal. 127-139.

ini, yaitu: pengerahan seorang ahli fikih akan kemampuannya dalam upaya meng*istimbath*kan hukum-hukum yang berhubunggan dengan amal perbuatan dari satu persatu dalilnya".

Pada defenisi ketiga ini, ditegaskan bahwa pihak yang mengerahkan kemampuan itu adalah ahli fikih yaitu *mujtahid*. Mencurahkan kemampuannya secara maksimal, baik untuk meng*istimbath*kan hukum *syara'* maupun dalam

penerapannya. Berdasarkan defenisi ini, *ijtihad* terbagi kepada dua macam, yaitu ijtihad untuk membentuk atau mengistimbathkan hukum dari dalilnya, dan ijtihad untuk menerapkan hukumnya (ide hukum) itu. Ijtihad dalam bentuk pertama ini khusus dilakukan para ulama yang mengkhususkan diri untuk mengistimbathka hukum dari dalilnya.

Menurut jumbur ulama usul fikih, pada masa tertentu mungkin terjadi kevakuman dari ijtihad seperti ini bilamana hasil-hasil ijtihad di masa lampau masih dianggap cukup untuk menjawab masalah-masalah yang muncul di kalangan umat Islam. Sedangkan ijtihad yang kedua, yaitu ijtihad dalam penerapan hukum, akan selalu ada di setiap masa, selama umat Islam mengamalkan ajaran agama mereka, karena tugas *mujtahid* semacam ini adalah untuk menerapkan hukum Islam termasuk hasil-hasil ijtihad para ulama terdahulu.

Dasar hukum *Ijtihad*. Banyak alasan yang menunjukkan kebolehan melakukan ijtihad antara lain ayat 59 *Surat an-Nisa*' *"Hai orang-orang yang beriman, taatlah kalian kepada Allah dan taatlah kepada Rasul dan ulil 'amri di antara kamu, maka jika kalian berlainan pendapat tentang sesuatu maka kembalikanlah ia kepada Allah (al-Qur'an) dan Rasul-Nya (Sunnah), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian"*. Seruan mengembalikan sesuatu yang diperbedakan kepada al-Qur'an dan as-Sunnah.

Menurut Ali Hasabalah, adalah peringatan agar orang tidak mengikuti hawa nafsunya dan mewajibkan untuk kembali kepada Allah dan rasulnya dengan jalan *ijtihad* dalam membahas kandungan ayat atau Hadits yang barang kali tidak mudah untuk dijangkau, atau berijtihad untuk menerapkan kaidah-kaidah umum yang disimpulkan dalam al-Qur'an dan Sunnah rasulullah seperti menyamakan hukum suatu yang tidak ditegaskan hukumnya dengan suatu yang disebutkan dalam al-Qur'an karena kesamaan

*'illat*nya seperti dalam praktek analogi (*qiyas*) atau dengan meneliti kebijaksanaan-kebijaksanaan *syari'at*.

Untuk melaksanakan *ijtihad* seperti inilah yang dimaksud mengembalikan sesuatu kepada Allah dan rasulnya seperti yang dimaksud oleh ayat itu. Dalil lain adalah Hadits yang diriwayatkan Muaz bin Jabal ketika ia akan diutus ke Yaman, menjawab pertanyaan rasulullah dengan apa ia memutuskan hukum. Ia menjelaskan secara berurutan, yaitu dengan al-Qur'an, kemudian dengan Sunnah rasulullah, dan kemudian dengan melakukan ijtihad.

rasululah menggakui hal itu dengan mengatakan: “ segala puji bagi Allah yang telah memberi taufiq atas diri utusan dari rasulullah dengan apa yang diridhai Allah dan rasulnya”.

Fungsi Ijtihad dan Lapangannya. Fungsi *ijtihad*, menurut Imam Syafi’i r.A. (150-204 H) penyusun pertama usul fikih dengan bukunya *al-Risalah*, ketika menggambarkan kesempurnaan al-Qur’an mengatakan: “ maka tidak terjadi suatu peristiwapun pada seseorang pemeluk agama Allah, kecuali dalam kitab Allah terdapat petunjuk tentang hukumnya”. Menurutnya, hukum-hukum yang terkandung dalam al-Qur’an bisa menjawab berbagai permasalahan itu. Oleh karena itu menurutnya, Allah mewajbkan kepada hamba-Nya untuk ber*ijtihad* dalam upaya menimba hukum-hukum dari sumbernya itu. Selanjutnya ia mengatakan bahwa Allah menguji ketaatan seseorang untuk melakukan *ijtihad*, sama halnya seperti Allah menguji ketaatan hamba-Nya dalam hal yang diwajibkan lainnya.

Pernyataan Imam Syafi’i di atas, menggambarkan betapa pentingnya kedudukan ijtihad di samping al-Qur’an dan Sunnah rasulullah. Ijtihad berfungsi baik untuk menguji kebenaran riwayat Hadits yang tidak sampai ke Hadts mutawatir seperti Hadits ahad, atau sebagai upaya memahami redaksi ayat atau Hadits yang tidak tegas penegertiannya sehingga tidak langsung dapat dipahami kecuali dengan ijtihad dan berfungsi untuk mengembangkan prinsip-prinsip hukum yang terdapat dalam al-Qur’’an dan Sunnah seperti dengan *qiyas, istihsan, dan maslahah mursalah*. Hal yang tersebut terakhir ini, yaitu pengembangan prinsip-prinsip hukum dalam al-Qur’an dan Sunnah adalah penting, karena dengan itu ayat-ayat dan Hadits-hadits hukum yang sangat terbatas jumlahnya itu dapat menjawab berbagai permasalahan yang tidak terbatas jumlahnya.

Lapangan Ijtihad. Para ulama usul fikih sepakat bahwa ayat-ayat atau Hadits rasulullah yang sudah tidak diraguan lagi kepastiannya *(qath’i)* datang dari Allah dan rasulnya, seperti al-qur’an dan Hadits *mutawatir* (Hadits yang diriwayatkan oleh sekelompok orang yang tidak mungkin berbohong) bekan lagi merupakan lapangan *ijtihad* dari segi periwayatannya. Al-qur’an yang beredar di kalangan umat Islam sekarang ini adalah pasti (*qath’i*) keasliannya datang dari Allah dan begitu pula *Hadits mutawatir a*dalah pasti (*qath’i*) datang dari rasulullah. Kepastian iitu dapat diketahui karena baik al-Qur’an atau *Hadist mutawatir* sampai kepada kita dengan *riwayat mutawatir* yang tidak ada kemungkinan adanya pemalsuan.

Demikian pula halnya dengan para ulama usul fikih sepakah bahwa ijtihad tidak lagi diperlukan pada ayat-ayat atau Hadits yang menjelaskan hukum secara tegas dan pasti (*qath'i*). Wahbah az-Zuhaili menegaskan tidak dibenarkan berijtihad pada hukum-hukum yang sudah ada ketegasannya secara tegas dan pasti dalam al-Qur'an dan Sunnah. Misalnya, kewajiban melakukan salat lima waktu, kewajiban berpuasa, zakat, haji, larangan berzina, dan kadar pembagian harta warisan yang telah ditegaskan dalam al-Qur'an dan Sunnah.

Adapun hal-hal yang menjadi lapangan *ijtihad,* seperti yang dikemukakan oleh Abdul Wahhab Khallaf adalah masalah-masalah yang tidak pasti (*dhanny)* baik dari segi datangnya dari rasulullah, atau dari segi pengertannya, yang dapat dikategarikan kepada tiga macam, yaitu: *Hadits ahad* yang diriwayatkan orang perorang atau beberapa orang yang tidak sampai ke tingkat Hadits mutawatir. *Hadis ahad* dari segi kepastian datangnya dar rasulullah hanya sampai ke tingkat dugaan kuat (*dhanny*) dalam arti tertutup kemungkinannya adanya pemalsan meskipun sedikit. Dalam hal ini seorang *mujtahid* perlu melakukan jtihad dengan cara meneliti kebenaran periwayatannya.

Lafal-lafal atau redaksi al-Qur'an atau Hadits yang menunjukkan pengertiannya secara tidak tegas (*dhanny*) sehingga ada kemungkinan pengertian lain selain yang cepat ditangkap ketika mendengar bunyi lafal atau redaksi itu. Ayat-ayat atau Hadits yang tidak tegas pengertiannya ini menjadi lapangan *ijtihad* dalam upaya memahami maksudnya. Fungsi i*jtihad* di sini adalah untuk mengetahui makna yang mana sebenarnya yang dimaksud oleh suatu teks. Hal ini sering membawa kepada perbedaan pendapat ulama dalam menetapkan hukum.

Masalah yang tidak ada *teks* ayat atau Hadits dan tidak pula ada *ijma'* yang menjelaskan hukumnya, dalam hal ini *ijtihad* memainkan peranannya yang amat penting dalam rangka mengembangkan prinsip-prinsip hukum yang terdapat dalam al-Qur'an dan Sunnah. Fungsi *ijtihad* di sini adalah untuk meneliti dan menemukan hukumnya lewat tujuan hukum (*maqashid al-syari'ah*), seperti dengan *qiyas, istihsan, maslahah- mursalah, 'urf, istislah dan sadd al-zari'ah*. Di sini membuka kemungkinan yang luas untuk berbeda pendapat.

Syarat-syarat seorang *mujtahid*. Wahhab Zuhaili menyimpulkan ada delapan persyaratan yang harus dipenuhi oleh seorang *mujtahid*, yaitu: mengerti makna-makna yang terkandung dalam ayat-ayat hukum di dalam al-Qur'an baik secara bahasa maupun secara istilah *syari'at*. Tidak

perlu menghafal di luar kepala, dan tidak pula perlu menghafal seluruh Qur'an. Seorang *mujtahid* cukup mengetahui tempat-tempat di mana ayat-ayat hukum itu berada sehingga mudah baginya menemukannya waktu dibutuhkan. Menurut Imam Ghazali, jumlah ayat hukum yang perlu dikuasai itu sekitar 500 ayat. Pembatasan ayat-ayat hukum seperti dikemukakan Al-Ghazalii itu oleh sebagian ulama tidak mensepakati. Al-Syaukani (w. 1255 H) umpamanya menyebutkan bahwa ayat-ayat hukum dalam al-Qur'an bisa jadi berlipat ganda dari jumlah yang disebutkan Al-Ghazali itu. Orang yang mendalam pemahamannya bahkan mungkin meng*istimbath*kan hukum dari ayat-ayat dalam bentuk kisah umat terdahulu.

Pembatasan jumlah ayat yang dikemukakan oleh Al-Ghazali itu, demikian komentar Al-Syaukani, bisa dianggap benar bilamana yang dimaksud adalah ayat-ayat yang langsung menunjukkan hukum, dalam arti belum masuk ke dalam ayat-ayat yang tidak langsung menunjukkan hukum. Mengetahui makna ayat secara bahasa, yaitu dengan mengetahui makna-makna *mufrad* (tunggal) dan suatu lafal dan maknanya dalam susunan suatu redaksi. Mengetahui seperti itu mungkin didapatkannya karena bakat atau karena tumbuh di kalangan masyarakat yang mengetahui seluk beluk bahasa Arab, atau dengan cara mempelajari ilmu bahasa Arab. Adapun mengetahui tentang makna-makna ayat per ayat ialah dengan mengetahui berbagai segi penunjukan lafal terhadap hukum, seperti lewat *mantuq* (makna tersurat), *lewat mafhum muwafaqah* (makna tersirat), ata*u mafhum mukhalafah*

(makna kebalikan dari makna tersurat), serta mengetahui pembagian lafal dari segi cakupannya seperti lafal umum, dan lafal khusus, dan mengerti pula dengan tingkstan kejelasan dan ketidak jelasan dari penunjukan suatu lafal terhadap maknanya. Di samping itu, juga mengetahui tentang *'iilat* atau *alasan logis* mengapa suatu disuruh dan mengapa dilarang.

Mengetahui tentang Hadits-hadits hukum baik secara bahasa, maupun dalam pemakaian *syara'*. Seperti halnya al-Qur'an, maka dalam masalah Hadits juga tidak mesti dihafal seluruh Hadits yang berhubunggan dengan hukum, tetapi cukup dengan adanya pengetahuan di mana Hadits-hadits hukum yang dapat dijangkau bilamana diperlukan. Menurut sebagian ulama misalnya Ibnu al-'Arabii (w. 543 H) ahli tafsir dari kalangan Malikiyah, seperti dinukil oleh Wahhab Zuhaili, jumlah Hadits-hadits hukum sekitar 3000 Hadits, sedangkan menurut riwayat dari Ahmad bin Hambal, bahwa Hadits-hadits hukum sekitar 1200 Hadits. Namun Wahab Zuhaili tidak sependapat

dengan pembatasan jumlah Hadits itu. Menurutnya yang penting bagi seorang *mujtahid* mengerti dengan seluruh Hadits-hadits hukum yang terdapat dalam kitab-kitab Hadits besar yang sudah diakui seperti *sahih al-Bukhari*, *Sahih Muslim,* dan lain-lain. Hadits-hadits hukum harus diketahui, di samping penegertiannya secara bahasa, juga mengetahui kesahihannya.

Mengetahui tentang mana ayat atau Hadits yang telah *dimansukh* (telah dinyatakan tidak berlaku oleh Allah dan rasul-Nya), dan mana ayat atau Hadits yang *dinasakh* atau sebagai gantinya. Mengetahui seperti ini diperlukan agar seorang *mujtahid* tidak mengambil kesimpulan dari ayat atau Hadits yang sudah dinyatakan tidak lagi berlaku. Mempunyai pengetahuan tentang masalah-masalah yang sudah menjadi *ijma'*, tentang hukumnya dan mengetahui tempat-tempatnya. Pengetahuan ini diperlukan, agar seorang *mujtahid* dalam ijtihadnya tidak menyalahi hukum yang telah disepakati para ulama.

Mengetahui tentang seluk-beluk *qiyas*, seperti syarat-syaratnya, rukun-rukunnya, tentang *'illat* hukum dan cara menemukan *'illat* itu dari ayat atau Hadits, dan mengetahui *kemaslahatan* yang dikandung oleh suatu ayat hukum, dan mengetahui *prinsip-prinsip umum syari'at Islam*. Mengetahui bahasa Arab, serta ilmu-ilmu bantu yang berhubungan dengannya. Pengetahuan ini dibutuhkan mengingat al-Qur'an dan Sunnah adalah bahasa

Arab. Seorang tidak akan bisa meng*istimbath*kan hukum dari dua sumber tersebut tanpa mengetahui seluk beluk bahasa Arab. Antara lain, misalnya mengetahui mana lafal umum dan lafal khusus, mana lafal hakikat dan mana *lafal majaz*, *lafal mutlaq* dan *lafal muqayyad,* dan bebagai cara menunjukkan lafal terhadap maknanya. Penguasaan bahasa Arab tidak perlu menjadi ahli, tetapi cukup sekedar mampu memahami secara benar ungkapan-ungkapan dalam bahasa Arab, dan kebiasaan orang Arab dalam pemakaiannya.

Menguasai usul fikih, seperti tentang hukum dan macam-macamnya, tentang sumber hukum atau dalil-daliilnya, tentang kaidah-kaidah dan cara meng*istimbat*hkan hukum dari sumber-sumber tersebut dan tentang ijtihad. Pengetahuan tentang hal ini diperlukan, karena usul fikih merupakan pedoman yang harus dipegang dalam melakukan ijtihad.

Mampu menangkap *tujuan syari'at* dalam merumuskan suatu hukum. Pengetahuan ini dibutuhkan, karenna untuk memahami suatu redaksi dalam penerapannya kepada berbagai peristiwa, ketepatannya sangat tergantung kepada pengeahuan tentang bidang ini. Hal itu disebakan, penunjukan

kepada suatu hal kepada maknanya mengandung berbagai kemungkinan, pengertiannya dengan makna yang layak diangkat dan difatwakan. Di samping itu, dalam hal yang terpenting dengan penguasaan bidang ini, prinsip-prinsip hukum dalam al-Qur'an dan Sunnah rasulullah dapat dikembangkan, seperti dengan *qiyas, istihsan, dan maslahah-mursalah*.

Hukum Berijtihad. Para ulama usul fikih antara lain al-Tayyib Khuderi al-Syayyid, seorang ahli usul fikih berkebangsaan Mesir berpendapat, bahwa bilamana syarat-syarat tersebut di atas telah cukup pada diri seseorang, hukum melakukan ijtiihad baginya bisa *fardlu 'ain, bisa fardlu kifayah, bisa mandub (sunnah), dan juga bisa haram*. Hukum melakukan ijtiihad adalah *fardlu 'ain* (wajib dilakukan oleh setiap orang yang mencukupi syarat-syarat di atas) bilamana terjadi pada dirinya sesuatu yang membutuhkan jawaban hukumnya.

Hasil ijtihad itu wajb diamalkannya. Ia tidak boleh ber*taktid* kepada *mujtahid* lain. Melakukan *ijtihad* juga *fardlu 'ain* bilamana seorang ditanya tentang suatu masalah yang terjadi dan menghendaki segera mendapatkan jawaban tentang hukumnya, padahal tidak ada *mujtahid* lain yang akan menjelaskan hukumnya.

Melakukan ijtihad menjadi fardlu kifayah, jika di sampingnya ada lagi *mujtahid* lain yang akan menjelaskan hukumnya. Bila mana satu di antara mereka melakukan *ijtihad*, berarti sudah memadai dan tuntutan sudah terbayar dari *mujtahid* lainnya. *Berijtihad* hukumnya sunnah dalam dua hal yaitu: Pertama, melakukan ijtihad dalam hal-hal yang belum terjadi tanpa ditanya seperti yang pernah dilakukan oleh Imam Abu Hanifah yang dikenal dengan fikih *iftiradi* (fikih pengandaian). Kedua, melakukan *ijtihad* pada masalah-masalah yang belum pernah terjadi berdasarkan pertanyaan seseorang.

Haram hukumnya berijtihad dalam dua hal, yaitu: Pertama, berijtihad dalam hal-hal yang ada nash secara tegas (*qath'i*) baik berupa ayat atau Hadits rasulullah atau hasil berijtihad bagi orang yang tidak melengkapi syarat-syarat seperti yang telah dijelaskan pada bagian syarat-syarat seorang *mujtahid* di atas tadi. Orang yang tidak melengkapi syarat-syarat itu, ijtihadnya tidak akan menemukan yang benar tetapi bisa menyesatkan, dan berati berbicara dalam agama Allah tanpa ilmu yang hukumnya adalah haram.

Abu Zahrah membagi *mujtahid* kepada beberapa tingkat, yaitu *Mujtahid mustaqil, mujtahid muntasab, mujtahid fil al-madzhab, dan mujtahid dalam mentarjih.* Adapun penjelasannya sebagai berikut.

Mujtahid mustaqil (independen) adalah tingkat tertinggi, yang oleh Abu Zahrah disebut al-*mujtahid al-syarri'* atau juga disebut *mujtahid mutlak*. Untuk sampai ke tingkat ini seorang harus memenuhi syarat-syarat tersebut yang telah dijelaskan di atas. Mereka disebut *mujtahid mustaqil* yang berarti independen, karena mereka terbebas dari bertaqlid kepada *mujtahid* lain, baik dalam metode *istimbath* (usul fikih) maupun dalam *furu'* (*fikih hasil ijtihad*). Mereka sendiri mempunyai metode *istimath* dan mereka sendirilah yang menerapkan metode *istimbath* itu dalam berijtihad untuk membentuk hukum fikih. Contohnya para Imam *mujtahid* yang empat orang, yaitu imam Abu Hanifah, Imam Malik, Imam Syafi'i, dan Imam Ahmad bin Hambal.

Mujtahid muntasib, yaitu mujtahid yang dalam masalah usul fikih, meskipun dari segi kemampuannya ia mampu merumuskannya, namun tetap berpegang kepada usul fikih salah seorang imam *mujtahid mustaqil* seperti berpegang kepada usul fikih Abu Hanifah umpamanya, akan tetapi

mereka bebas dalam hasil ijtihadnya, tanpa terikat dengan salah seorang *mujtahid mustaqil*.

Mujtahid fil Madzhab, yyaitu tingkat mujtahid yang dalam usul fikih dan furu' bertaklid kepada imam mujtahid tertentu. Mereka disebut mujtahid karena mereka berijtihad dalam mengistimbathkan hukum pada permasalahan-permasalahan hukum yang tidak ditemukan dalam buku-buku madzhab imam mujtahid yang menjadi panutannya. Mereka tidak lagi melakukan ijtihad pada masalah-masalah yang sudah ditegaskan hukumnya dalam buku-buku fikih madzhabnya.

Madzhab fi al-tarjih, yaitu *mujtahid* yang kegiatannya bukan meng*istimbath*kan hukum tepati dalam mempertimbangkan berbagai madzhab dan pendapat, dan mereka mempunyai kemampuan untuk *mentarjih* salah satunya, dengan memakai metode *tarjih* sebelumnya. Dengan metode ini, ia sanggup melaporkan dimana kelemahan dalil yang dipakai dan dimana keunggulannya.

Ijtihad Fardi dan *Ijtihad Jama'i.* Seperti yang dikemukakan oleh Al-Tayyib Khuderi al-Sayyid, bahwa yang dimaksud dengan *ijtihad Fardi* adalah ijtihad yang dilakukan oleh perorangan atau hanya beberapa orang *mujtahid*.

Misalnya *ijtihad* yang dilakukan oleh para Imam *mujtahid* besar, seperti Abu Hanifah, Imam Malik, Imam Syafi'i dan Ahmad bin Hambal.

Adapun *ijtihad jama'i* adalah apa yang dikenal *ijma'* dalam kitab-kitab usul fikih, yakni kesepakatan para *mujtahid* dari umat Muhammad saw, setelah rasulullah Wafat dalam masalah tertentu. Dalam sejarah usul fikih, *ijtihad jama'i* dalam pengertian ini hanya melibatkan ulama-ulama dalam satu disiplin ilmu, yaitu ilmu fikih. Dalam perkembangan, apa yang dimaksud dengan *ijtihad jama'i*, di samping bukan berarti melibatkan seluruh ulama mujtahid, juga bukan dalam satu disiplin ilmu. Istilah *jama'i* merupakan kegiatan ijtihad yang melibatkan berbagai disiplin ilmu disamping ilmu fikih itu sendiri sesuai dengan permasalahan yang akan dibahas. Hal ini mengingat, masalah-masalah yang bermunculan ada yang berkaitan dengan ilmu selain ilmu fikh, seperti ilmu kedokteran, pertanian dan ilmu-ilmu sosial yang berhubungan dengan permasalahan yang akan dibahas.

Dalam hal ini, Mediyah Syarif al-'Umari, ahli usul fikih berkebangsaan Mesir dalam bukunya *'al-Ijtihad fi al-Islam*' menjelaskan bahwa upaya untuk menjawab masalah-masalah baru yang tidak terdapat hukumnya dalam madzhab-madzhab fikih terdahulu, sesuai dengan putusan Muktamar Pertama Lembaga *Mujma' al-Buhus al-Islamiyah* di Kairo tahun 1383 H. adalah dengan melakukan "*Ijtihad Jamai'* ".

Untuk merealisir *ijtihad jama'i* dalam putusan tersebut, menurut al-"umari ada beberapa hal yang perlu diperhatikan, yaitu: Soal menentukan kelengkapan syarat-syarat sebagai seorang *mujtahid* yang akan ikut dalam ijtihad seperti ini diserahkan kepada penguasa muslim yang mengatur orang Islam (umat Islam). Orang yang dipilih itu mewakili umat di masyarakat tempat ia berada. Di samping para ulama dilibatkan pula masyarakat berbagai bidang ilmu sesuai permasalahan yang akan dibahas. Jika terjadi perbedaan pendapat dalam sidang, maka diambil pendapat dari ulama terbanyak. Penguara hendaklah memberikan amar (perintah) untuk menerapkan hasil *ijtihad jama'i* ini ke dalam kehidupan sehingga putusan *ijtihad jama'i* itu mempunyai kekuatan mengikat.

Untuk sampai pada tingkat '*mujtahid*', seorang mahasiswa program doktor (S-3) tidak cukup hanya menguasai teks hukum (*madzhab qauly*), tetapi dituntut untuk menguasai dan mampu menerapkan metodologi hukum

(*madzhab manhaji*) pada suatu kasus hukum, sehingga suatu penemuan hukumnya responsif, empiris, historis.

Mengapa harus *bermadzhab manhaji*, sebab yang dihadapi seorang mujtahid adalah manusia dan dinamika hidupnya, baik yang menyangkut perubahan berpikir masyarakat, perkembangan zaman, perubahan keadaan. Teks hukum telah selesai dan mandeg (berhenti), ketapi kehidupan ini terus berkembang, apakah suatu yang mandeg dan selesai itu dapat menjawab sesuatu yang dinamis dan berkembang? Untuk mengatasi dan menjawab hal yang demikian, maka pembekalan dan menguasaan *madzhab manhaji* (madzhab metodologi) sangat-sangat dibutuhkan.

Pertama, sebagai calon mujtahid harus memahami teks /undang-undang (*fahm an-nash*) di samping wajib memahami kehidupan dan kejadian-kejadian yang aktual (*fahm al-waqa'i*). Untuk itu dua pasangan ijtihad yang harus dikuasai, yaitu: pertama, *ijtihad istimbat*i dan kedua, *ijtihad tatbiqi,* sebagai berikut.

1. Dalam *ijtihad istimbati*, *mujtahid* berupaya penguasaan hukum secara tekstual, sedangkan dalam *ijtihad tatbiqi*, *mujtahid* berupaya untuk melakukan penerapan hukum sesuai ide hukum itu;
2. Dalam *ijtihad istimbati*, berupa upaya meneliti *'illat* (alasan) hukum dalam *nash* (teks hukum), sedangkan dalam *ijtihad tatbiqi* berupa penerapan hukum dalam kasus atau kejadian yang kongkrit;
3. Dalam *ijtihad istimbati*, *mujtahid* berupaya menemukan apa ide yang terkandung dalam *nash* (teks hukum) itu, sedangkan dalam *ijtihad tatbiqi*, seorang *mujtahid* berupaya menerapkan ide yang terkandung dalam *nash* (teks hukum);
4. Dalam *ijtihad istimbati* obyek kajiannya adalah *nash* (teks hukum), sedangkan dalam *ijtihad tatbiqi* obyek kajiannya adalah manusia dan dinamikanya; dan
5. Dalam *ijtihad istimbati* berupa penguasaan hukum secara eksplisit, sedangkan dalam *ijtihad tatbiqi* berupa upaya dan usaha menyimpulkan semangat, ruh, spirit, nilai hukum dalam *nash* (undang-undang) tekstual itu.

Sebagai *mujtahid* dituntut untuk melakukan pembaharuan pemikiran keagamaan pada umumnya dan khususnya hukum Islam di samping penguasaan *madzhab qauly* dan *madzahab manhaji* dengan penguasaan

ushul, qawa'id, 'illat al-hukm, hikmah al-tasyri', fahm nahs, dan fahm al-waqa'i.

Madzhab qauly, pada hakikatnya adalah kontekstual pada zamannya. Ia perlu diaktualkan karena adanya perubahan sosial. Diaktualisasikan dengan menggali ruh dan spirit dati teks atau *nash hukum* itu dalam konteks kehidupan yang lebih luas dalam upaya *tajdid al-fahmi* (pembaharuan pemahaman, dari *turats (kebiasaan) ke taqlid (mengikuti apa adanya) sampai kepada tajdid (pembaharuan)*.

Adapun *madzhab manhaji* terdapat 5 (lima) ciri pokok sebagai berikut, yaitu: Pertama, interpretasi teks secara kontekstual, apa nilai normatif dan ideologis dari *nash* (teks) itu, dan bagaimana keadaan empiris dan historisnya (kontekstualnya). Kedua, adanya perubahan bermadzhab secara

tekstual (*qauly*) mengikuti pendapat para imam/madzhab ke *madzhab manhaji* (metodologi) dengan menggunakan metodologi dalam memjawab dan memecahkan dan menjawab masalah hukum yang terjadi secara mandiri atau dengan kata lain metode apa yang dipakai untuk menemukan hukumnya sesuatu itu. Ketiga, membedakan mana ajaran pokok (ushul) dan mana ajaran cabang (*furu'*). Dalam ajaran pokok, lebih-lebih yang bersifat akidah dan ibadah bersifat *ta'abbudi, ghair ma'qulat al-ma'na* (apa adanya, tidak boleh menggunakan akal untuk melacak makna yang terkandung di dalamnaya). Beda dengan masalah cabang (*furu'*) lebih-lebih masalah mu'amalah itu bersifat dinamis, *ta'aqquly, ma'qulat al-ma'na* (boleh memakai akal, boleh dilacak dengan akal apa makna dalamnya). Keempat, mengetahui dan memahami *'illat al-hukm dan maqashid al-syari'ah* untuk ditegakkan, dan kelima, dalam bermadzhab *manhaji* dituntut penguasaan metode berpikir filosofis, yuridis dan sosiologis dalam masalah hukum yang berkaitan dengan masalah budaya dan sosial.

Disampig itu sebagai *mujtahid* dituntut penguasaan *"Metode Penetapan Hukum Lewat Maqashid al-Syari'ah"*[34] Menurut pandangan para ahli usul fikih bahwa al-Qur'an dan Sunnah rasulullah di samping menunjukkan hukum dengan bunyi bahasanya, juga dengan *"ruh syar'i"* atau *"maqashid al-syari'ah".* Lewat *maqashid al-syari'ah* inilah ayat-ayat dan Hadits-hadits hukum yang secara kuantitatif sangat terbatas jumlahnya dapat dikembangkan untuk menjawab permasalahan-permasalahanyang secara kajian kebahasaan tidak tertampung dalam al-Qur'an dan Sunnah. Pengembangan itu dilakukan

dengan menggunakan metode *istimbath* seperti dengan *qiyas, istihsan, maslahah-mursalah dan 'uirf*, yang pada sisi lain juga disebut sebagai dalil.

Berikut inii akan diuraikan pengertian *maqashid al-syari'ah* dan peranannya dalam menetapkan (mengembangkan) hukum, sebagai berikut:

Maqashid al-syari'ah berarti tujuan Allah dan rasul-Nya dalam menetapkan hukum-hukum Islam. Tujuan ini dapat ditelusuri dalam ayat-ayat al-Qur'an dan Sunnah rasulullah sebagai alasan logis bagi rumusan suatu hukum yang beroreintasi kepada kemaslahatan umat manusia. Abu Ishaq al-

34 A. Khisni, *Epistemilogi Hukum Islam (Sumber dan Dalil Hukum Islam, Metode Istimbath dan Ijtihad dalam Kajian Epistemilogi Usul Fikih)*, Cet. 1 (Semarang: Unissula Press, 2012), hal. 117 – 122.

Syatibi melaporkan hasil penelitian para ulama terhadap ayat-ayat al-Qur'an dan Sunnah rasulullah bahwa hukum-hukum disyari'atkan Allah untuk mewujudkan kemaslahatan umat manusia, baik di dunia maupun di akhitar kelak.

Kemaslahatan yang akan diwujudkan itu menurut al-Syatibi terbagi kepadatiga tingkatan, yaitu: *Kebutuhan daruriyah, kebutuhan hajiyah, dan kebutuhan tahsiniyah*. Ketutuhan *daruriyah,* ialah tingkat kebutuhan yang harus ada atau disebut dengan kebutuhan primer, bila tingkat kebuthan ini tidak terpenuhi, akan terancam keselamatan umat manusia baik di dunia maupun di akhirat kelak. Kata al-Syatibi, ada lima hal yang termasuk kategori ini, yaitu memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara kehormatan, dan memelihara harta.

Untuk memelihara lima pokok inilah syari'at Islam diturunkan. Setiap ayat hukum bila diteliti akan ditemukan alasan pembentukannya yang tidak lain adalah untuk memelihara lima pokok di atas. Umpamanya firman Allah dalam mewajiibkan jihad: " Dan pergilah mereka itu, sehingga tidak ada fitnah lagi dan (sehingga) ketaatan itu hanya semata-mata untuk Allah" (Surat al-Baqarah: ayat 193), dan firman-Nya dalam mewajibkan *qishash*: " Dan dalam *qishash* ada (jaminan kelangsungan) hidup bagimu" (*Surat al-Baqarah: 176*). Dari ayat pertama dapat dipahami tujuan disyari'atkan perang adalah unntuk melicinkan jalan dakwah bilamana terjadi gangguan dan mengajak umat manusia untuk menyembah Allah. Dan dari ayat kedua dapat diketahui bahwa mengapa di*syari'atkan qishash*, karena itu *qishash* merupakan ancaman terhadap kehidupan manusia dapat dihilangkan.

Seperti dikemukakan Syatibi kemaslahatan kedua ialah kebutuhan-kebutuhan sekunder di mana bilamana tidak diwujudkan tidak sampai mmengancam kemaslahatannya, namun akan mengalami kesulitan. Syari'at Islam menghilangkan segala kesulitan itu. Adanya hukum *rukhshah* (keringanan) adalah sebagai contoh dari kepedulian syari'at Islam terhadap kebutuhan ini.

Dalam lapangan ibadah, Islam mensyari'atkan beberapa hukum *rukhshakh* (keringanan) bilamana kenyataannya mendapatkan kesulitan dalam menjalankan perintah-perintah *taklifi*. Misalnya Islam membolehkan tidak berpuasa bila mana dalam perjalanan dalam jarak terttentu dengan

syarat dibayar pada hari yang lain dan demikian juga halnya dengan orang yang sedang sakit. Kebolehan mengosor salat adalah dalam rangka memenuhi hubungan hajat ini.

Dalam lapangan mu'amalat disyari'atkan banyak macam kontrak (*akad*), serta macam-macam jual beli, sewa-menyewa. *Syirkah* (perseroan), dan *mudarabah* (berniaga . dalam mu'amalat). Dalam lapangan *uqubat* (sanksi hukum), Islam mensyari'atkan hukum seorang yang mencuri karena terdesak untuk menyelamatkan jiwanya dari kelaparan.

Suatu kesempitan menimbulkan keringanan dalam syari'at Islam adalah ditarik dari petunjuk-petunjuk ayat al-Qur'an juga. Misalnya ayat 6 *Surat al-Maidah*: *"Allah tidak menyulitkan kamu", dan ayat 76 Surat al-Haji: " Dan Dia (Allah) tidak sekali-kali menjadikan untuk kamu dalam agama suatu kesempitan*".

Ketubuhan *tahsiniyah* adalah tingkat kebutuhan yang apabila tidak dipenuhi tidak mengancam eksistensi salah satu dari lima pokok tadi dan tidak pula menimbulkan kesulitan. Tingkat kebutuhan ini berupa kebutuhan pelengkap, yaitu seperti dikemukkakan Syatibi, berupa hal-hal yang merupakan kepatutan menurut adat-istiadat, menghindarkan hal-hal yang tidak enak dipandang mata dan berhias dengan keindahan yang sesuai dengan tuntutan norma dan akhlak.

Dalam berbagaii bidang kehidupan, seperti ibadah, mu'amalah dan *uqubat*, Allah telah mensyari'atkan hal-hal yang berhubungan dengan masalah *tahsiniyah*. Dalam lapangan ibadah, umpamanya Islam mensyari'atkan bersuci baik dari najis maupun dari hadas, baik pada badan maupun pada tempat dan lingkungan. Islam menganjurkan berhias ketika hendak ke masjid, menganjurkan memperbanyak ibadah sunnah.

Dalam lapangan mu'amalah Islam melarang boros, kikir, menaikkan harga, monopoli dan laiin-lain. Dalam bidang *uqubat*, Islam melarang membunuh anak-anak dan kaum wanita dalam peperangan, melarang melakukan *muslah* (menyiksa mayit dalam peperangan). Tujuan syari'at seprti tersebut di atas bisa disimak dalam berbagai ayat, misalnya ayat 6 *Surat al-Maidah: " Tetapi Dia (Allah) hendak membersihkan kamu dan menyempurnakan nikmat-Nya bagimu supaya kamu bersyukur"*.

Peranan Maqashid al-Syari'ah dalam Pengembangan Hukum. Pengetahuan tentang *maqashid al-Syari'ah* ini, sepertiditegaskan Abdul Wahhab Khallaf, adalah hal yang sangat prnting untuk dapat dijadikan alat bantu untuk memahami reaksi al-Qur'an dan Sunnah, menyelesaikan dalil-dalil yang bertentangan dan yang sangat penting lagi adalah untuk menetapkan hukum terhadap kasus yang tidak tertapung oleh al-Qur''an dan Sunnah secara kajian kebahasaan.

Metode *istimbath* seperti *qiyas, istihsan dan maslahah mursalah* adalah metode-metode pengembangan hukum Islam yang didasarkan atas *maqashid al-syari'ah*. *Qiyas* misalnya, baru dapat dilaksanakan bilamana dapat ditemukan *maqashid al-syari"*ahnya yang merupakan alasan logis (*'illat*) dari suatu hukum. Sebagai contoh tentang kasus diharamkannya minuman *khamr* (*Q.S. al-Maidah:* 90). Dari hasil penelitian ulama ditemukan bahwa *maqashid al-syari'ah* dari diharamkannya *khamr* adalah karena memabukkannya yang merusak akal pikiran.

Dengan demikian yang menjadi alasan logis (*'illat*) dari keharaman *khamr* adalah sifat memabukkannya, sedangkan *khamr* itu sendiri hanyalah sebagai salah satu contoh dari suatu yang memabukkan. Dari sini dapat dikembangkan dengan metode analogi (*qiyas*) bahwa setiap yang sifatnya memabukkan adalah juga haram. Dengan demikian *'illat* hukum dalam suatu ayat atau Hadits bia diketahui, maka terhadapnya dapat dilakukan *qiyas* (analogi). Artinya, *qiyas* hanya bisa dilakukan bilamana ada ayat atau Hadits yang secara khusus dapat dijadikan tempat mengqiyaskan yang dikenal dengan *al-maqis'alaih* (tempat mengqiyaskan).

Jika tidak ada ayat atau Hadits secara khusus yang akan dijadikan *al-maqis 'alaih*, tetapi termasuh dalam tujuan syari'at secara umum seperti untuk memelihara kekurangan salah satu dari kebutuhan-kebutuuhan di atas tadi, dalam hal ini dilakukan metode *maslahah-mursalah*. Dalam kajian usul fikih apa yang dianggap *maslahah* bila sejalan atau tidak bertentangan

dengan petunjuk-petunjuk syari'at, dapat diakui sebagai landasan hukum yang dikenal dengan *maslahah mursalah*.

Jika yang akan dketahui hukumnya itu telah ditetapkan hukumnya dalam kasus atau lewat *qiyas*, kemudian karena dalam suatu kondisi bila ketentuan itu diterapkan dan bertentangan dengan ketentuan atau kepentingan lain

yang lebih umum dan lebih layak menurut *syara'* untuk dipertahankan, maka ketentuan itu dapat ditinggalkan khusus dalam kondisi tersebut. *Ijtihad* seperti ini dikenal dengan *istihsan*.

Metode penerapan hukum lewat *maqashid al-syari'ah* dalam praktek-praktek istimbath tersebut, yaitu praktek *qiyas*, istihsan, dan i*stislah* (*maslahah-mursalah*), dan lainnya seperti *istihsab, sadd al-zari'ah, dan 'urf (adat-istiadat)* di samping disebut sebagai metode penetapan hukum lewat *maqashid al-syari'ah*, juga oleh sebgian besar ulama usul fikih disebut sebagai dalil pendukung.

Dikaji secara mendalam kaidah *'maqashid al-syari'ah'* (tujuan hukum), apabila dikaji secara filsafat hukum Islam tidak dapat dilepaskan dari aspek aksiologi. Setiap hukum yang ditetapkan oleh *Syari'* (Allah) pasti mempunyai tujuan, yang secara umum tujuan hukum Islam yaitu: *"jalbu al-mashalih wa dar'u al-mafasid"* (mendatangkan kebaikan dan menolak keburukan). Yang menjadi masalah adalah bagaimana memahami dan mengaplikasikan dalam menjawab masalah hukum dalam paktik, ini memerlukan *ijtihad* dalam upaya mempraktikkannya dalam kehidupan dan melaksanakan hukum. Makna ijtihad di sini seperti dikemukakan di atas adalah mengerahkan kesungguhan dengan upaya yang optimal dalam menggali hukum *syara'*. Yang menurut Al-Syatibi, seperti dijelaskan di atas *ijtihad* itu dari segi proses kerjanya dapat dibagi kepada dua bentuk, yaitu: Pertama, *ijtihad istimbati*, yaitu upaya untuk meneliti *'illat* yang terkandung oleh *nash*. Kedua, *ijtihad tatbiqi*, yaitu upaya untuk meneliti suatu masalah dimana hukum hendak diidentifikasikan dan diteapkan sesuai dengan *ide* yang terkandung oleh *nash*.[35]

Dalam *ijtihad istimbati*, seorang *mujtahid* memfokuskan perhatiannya pada upaya menggali ide-ide yang terkandung oleh *nash* yang abstark. Sedangkan dalam *ijtihad tatbiqi*, seorang *mujtahid* berupaya untuk menerapkan *ide-ide* yang abstrak tadi kepada permasalahan-permasalahan hukkum yang kongkrit. Jadi obyek kajian *ijtihad istimbati* adalah *nash*, sedangkan obyek kajian *ijtihad tatbiqi* adalah manusia (sebagai pelaku hukum) dengan dinamika perubahan dan perkembanggan yang dialaminya.

35 Asfari Jaya Bakti, *Konsep Maqashid al-Syari'ah menurut al-Syatibi dan Relevansinya dengan Ijtihad Hukum Dewasa Ini,* Disertasi Program Pascasarjana IAIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 1994, hal. 176-177.

Antara *ijtihad stimbati* dan *ijtihad tatbiqi* memiliki hubungan yang saling memerlukan . Dalam melakukan *ijtihad tatbiqi*, *ijtihad istimbati* memegang peranan yang sangat penting, karena pengetahuan akan *esensi dan ide umum suatu nash*, tetap menjadi tolok ukur dalam penerapan hukum. Kekeliruan dalam penerapan *ide ayat* akan melahirkan kekeliruan pula dalam menilai masalah-masalah baru dan penerapan hukumnya.

Upaya penggalian hukum *syara'* itu akan berasil apabila seorang *mujtahid* dapat memahami *maqashid al-syari'ah*. Untuk itu menurut al-Syatibi, derajat *ijtihad* bisa dicapai apabila seorang memiliki 2 (dua) kriteria, yaitu:[36] Pertama, dapat memahami *maqashid al-syari'ah* secara sempurna, apabila seorang mampu memahami *mmaqashid al-syari'ah* dengan segala persoalan dan rinciannya, berarti ia telah sampai pada tingkat pemahaman menetapkan hukum sesuai hukum yang diturunkan Allah SWT. Kedua, kemampuan untuk menarik kandunggan hukum atas dasar pengetahuan dan pemahaman *maqashid al-syari'ah* itu adalah dengan bantuan bahasa Arab, al-Qur'an dan Sunnah. Untuk itu dapat diikatakan bahwa *ijtihad* dapat dilakukan dan berhasil apabila seorang dapat memahami *maqashid al-syari'ah* dengan sempurna, dan *maqashid al-syari'ah* dapat dipahami apabila seorang memahami kemampuan menguasai bahasa Arab, al-Qur'an dan as-Sunnah.

Bertitik tolak dari obyek ijtihad itu, ada 2 (dua) corak penalaran yang perlu dikemukakan dalam penerapan *maqashid al-syari'ah*. Dalam dua corak itu terdapat metode-metode *ijtihad* yang perlu dikembangkan. Keduanya itu adalah *corak penalaran ta'lili* dan *corak penalaran istislahi*.[37]

Pertama, corak penararan *ta'lili* adalah upaya penggalian hukum yang bertumpu pada penemuan *'illah-'illah* hukum yang terdapat dalam suatu *nash*, atas daar *'illah* yang terkandung dalam suatu *nash*, permasalahan-permasalahan hukum yang muncul diupayakan oleh *mujtahid* pemecahannya melalui penalaran terhadap *'illat* yang ada dalam *nash* tersebut. *Corak penalaran ta'lili* ini adalah dalam bentuk *metode qiyas* dan *istihsan* dan *corak penalaran istislahi* itu berkaitan dengan *metode al-masalih al-mursalah* dan *al-zari'ah.*

36 *Ibid.,* hal. 180-181.

37 *Ibid.,* hal. 184-218.

Dalam penggalian hukum melalui *corak ta'lili* dengan *metode qiyas*, tidak dapat dilepaskan dari rukun *qiyas*, yaitu: (1) hukum asal, yaitu peristiwa yang sudah ada hukum *nash*nya; (2) berupa hukum cabang, yaitu peristiwa yang tidak ada hukum *nash*nya; (3) *'illah,* yaitu suatu sifat yang terdapat dalam peristiwa asal, dan (4) sifat yang ada pada asal itu melahirkan suatu putusan hukum yang dicari.

Proses *qiyas* yang benar sebagai pikiran akal sehat, harus tidak bertentangan dengan *maqashid al-syari'ah*, bahkan selalu berusaha merealisasikan *maqashid al-syari'ah* itu dan *'illat* yang menjadi fokus *qiyas* merupakan bagian dari *maqashid al-syari'ah* itu. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa qiyas sebagai *istimbath ta'lili* merupakan upaya nalar yang memiliki kedekatan dengan nash. *Qiyas* sebagai penalaran *ta'lili* harus senantiasa dipertajam dengan pertimbangan *maqashid al-syari''ah* baik yang berkaitan dengan kemasyarakatan, ekonomi, politiik dan moral. Pertimbangan *maqashid al-syari'ah* menjadikan metode *qiyas* lebih dinamis sebagai solusi pemecahan permasalahan-permasalahan hukum.

Dalam penggalian hukum melalui penalaran *ta'lili* dengan *metode istihsan*, dalam kaitan dengan ini, pemaknaan *istihsan* adalah mengannggap baik terhadap sesuatu. Menurut Abdul Wahhab Khallaf, *istihsan* adalah pindahnya pemikiiran seorang *mujtahid* dari ketentuan *qiyas jali* (jelas) kepada *qiyas khafi* ((kurang jelas) atau dalil kulli (umum) kepada ketentuan hukum *takhsis* (khusus) atas dasar adanya dalil yang meungkinkan perpindahan itu.[38] Dalam kenyataan ketentuan yang berlaku umum sering suulit untuk diterapkan sepenuhnya. Perbenturan antara penerapan ketentuan umum dengan upaya menghilangkan kesulitan mengharuskan upaya menghilangkan kesulitan lebih   diutamakan karena merupakan prinsip-prinsip ssyari'ah sekaligus merupakan dalil yang lebih kuat apabila dibandingkan dengan keharusan mengikuti persyaratan dan ketentuan umum. *Istihsan* harus selalu diorientasikan kepada usaha mewujudkan *maqashid al-syari'ah,* serta mempertimbangkan dampak positif dan negatif dari penerapan hukum, yang disebut *"al-nazar fi al-ma'alat".*

Kedua, *corak penalaran istislahi,* yang di dalamnya mengandung 2 (dua) metode penalaran, yaitu: Pertama, *masalih al-mrsalah* dan kedua, *al-zari'ah*

38 *Ibid.,* hal. 194.

sebagai *metode ijtiihad* dalam upaya mengungkap *maqashid al-syari'ah* yang dituju. *Maslahah* dalam pengertian istilah adalah mamfaat yang dikemukakan oleh *Syari'* (Allah) dalam menetapkan hukum untuk hambanya dalam usaha memelihara agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta (*al-ashalih al-khamsah)*. Untuk itu bahwa dala hukum Islam terdapat keistemewaan sebagai berikut, yaitu: [39] Pertama, pengaruh *kemaslahatan* hukum Islam tidak terbatas waktu di dunia, tetapi juga memberi pengaruh pada kehidupan akhirat, hal ini disebabkan oleh karena syari'at Islam itu sendiri diciptakan untuk kehidupan dunia dan akhirat. Kedua, *kemaslahatan* yang dikandung dalam hukum Islam, tidak saja berdimensi *maddi* (materi), akan tetapi juga *ruhi* (immateri) terhadap manusia. Ketiga, dalam hukum Islam, *kemaslahatan* agama merupakan dasar bagi kemaslahatan-kemaslahatan yang lain. Ini mengandung arti apabila terjadi pertentangan antara kemaslahatan yang lain dengan kemaslahatan agama, maka kemaslahatan agama tidak boleh dikorbankan.

Maslahat yang tidak ada legaltasnya khusus dalam *nash* disebut *maslahah-mursalah* atau *masalih al-mursalah*. *Maslahah* artinya lepas dari petunjuk *nash* secara khusus. Berkaitan dengan *maqashid al-syari'ah* dengan corak penalaran *masalih-mursalah*, bahwa setiap *kemaslahatan* yang tidak ditunjuk oleh *nash* secara khusus, akan tetapi hal itu sesuai tindakan syara', maka *maslahah* seperti itu dapat menjadi dasar hukum dan sebagai pengembangan hukum dalam bidang mu'amalah.

Metode kedua dari corak penalaran *istislahi* yang perlu dikembangkan adalah *al-zari'ah,* berarti jalan yang menyampaikan kepada sesuatu atau jalan yang menyampaikan atau membawa kepada keharusan atau kehalalan. Ulama usul fikih membagi *al-zari'ah* itu pada 2 (dua) bentuk, yaitu: (1) *Fath al-zari'ah*, yakni membuka jalan atau wadah yang dapat membawa kepada suatu *kemaslahatan*, dan (2) *sad al-zari'ah*, yaitu menutup atau menghambat jalan atau wadah yang dapat diduga membawa kerusakan atau *mafsadat*.[40]

Al-zari'ah adalah metode ijtihad yang meletakkan penekanan pada dampak suatu tindakan (*al-nazar fi al-ma'alat*). Dalam kaitan *al-nazar fi al-ma'alat* ini ada dua bentuk perbuatan seorang mukallaf yang memiliki

39 *Ibid.,* hal. 200-201.

40

potensi *maslahat*, oleh karena terdapat sifat positiif tersebut, maka perbuatan tersebut dianjurkan oleh *Syari'*. Kedua, perbuatan mukallaf yang

mengandung potensi *mafsadat*, karena terdapat sifat negatif, maka perbatan tersebut dilarang oleh *Syari'*

Epistemologi yang lain dalam upaya menggali *"ruh syari'ah"* adalah dengan kaidah *"ta'wil al-ilm".* Dalam khasanah ilmu-ilmu al-Qur'an (*ulum al-Qur'an*) ada dua cara untuk memahami al-Qur'an, yaitu *tafsir dan ta'wil*. *Tafsir* dikenal sebagai cara untuk memahami bahasa, konteks dan pesan-pesan moral yang terkandung dalam teks atau nash kitab suci. Di sini teks dijadikan *"subyek"*. Dalam tulisan ini paradigma tesebut dikategorikan sebagai penafsiran yang mengandung *'epistemologi bayani'*. Sedangkan *ta'wil* adalah cara untuk memahami teks dengan menjadikan teks dan atau lebiih tepat disebut pemahaman, pemaknaan dan interpretasi terhadap teks sebagai *"obyek"* kajian.

Pendekatan *'ta'wil ilm'* sebagai metode tafsir alternatif terhadap teks menggunakan jalur lingkar *hermeneutik* yang mendiologkan secara sungguh-sungguh antara paradigma *epistemologi bayani* (tekstual), *paradigma epistemolodi burhani* (rasional) dan paradigma epistemologi irfani (spiritualitas) dalam suatu gerak putar yang saling mengontrol, mengkritik, memperbaiki dan menyempurnakan kekurangan yang melekat pada masing-masiing paradigma, berdiri sendiri-sendiri, terpisah antara satu dengan yang lainnya. Pesan kemanusiaan dan keadilan yang melekat dalam al-Qur'an yang sering disebut dengan istilah *'rahmatan lil 'alamin'* (universal) hanya dapat dipahami dengan baik jika para penafsir kitab suci memahami adanya 3 (tiga) paradigma epstemologi tersebut.[41]

Filsafat yang dikembangkan di dunia Barat seperti *rasionalisme, empirisme dan pragmatisme,* tidak cocok untuk dijadikan kerangka teori dan analisis terhadap pasang surut dan perkembangan *Islamic Studies* (termmasuk studi hukum Islam). Perdebatan, pergumulan dan perhatian epistemologi keilmuan di Barat tersebut lebih terletak pada wilayah *natural science* dan bukannya pada wilayah *humanities dan social science.* Untuk itu, dperlukan

41 M. Amin Abdullah, *Epistemologi Ilmu Agama Islam dalam Khasanah Perkembangan Epistemologi Ilmu Pengetahuan Modern,* Disampaikan dalam Kuliah Umum Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum UII Yogyakarta, 21 September 2002, hal. 1-2.

peranngkat kerangka analisis epistemologi yang khas untuk pemikiran Islam, yakni dengan *epistemologi bayani, burhan, dan irfani*. [42]

Epistemologi harus pas dan sesuai dengan obyek yang dikaji. Kerangka teori, metode dan epistemologi yang digunakan dapat diobah sesuai dengan

obyek dan kondisi kajiannya. Kerangka teoritik yang digunakan Fazlul rahman mengungkap bahwa tidak lagi cukup memadai untuk menggunakan teori fikih atau usul fikih yang biasa sangat populer di kalangan *ushuliyun dan fuqaha' yaitu 'qath'iyyah' dan 'dhanniyyah'* dan 'legal spesifik' dalam al-Qur'an. Muhammad Arkoun mempertanyakan menghilangnya dimensi *"tarikhiyyat"* (historisitas) dari keilmuan fikih dan kalam. Ia mempertanyakan teori yang dipergunakan dan disusun beberapa abad yang lalu untuk diajarkan terus menerus pada era sekarang sudah dipermasalakan dan tantangan zaman terus menerus berubah tidak lagi seperti sedia kala yang ia berpendapat sebagai berikut,[43] Para ahli fikih (hukum Islam) yang sekaligus teolog (*mutakallimun*) tidak mengetahui hal itu. Mereka mempraktikkan jenis interpretasi terbatas dan membuat metodologi tertentu, yaitu fikih dan perundang-undangan.

Hal ini mengubah diskursus al-Qur'an yang mempunyai makna *mitis majazi*, yang terbuka bagi sebagian makna dan pengertian, menjadi diskursus yang baku dan kaku, telah menyebabkan diabaikannya *historitas* norma-norma keagamaan dan hukum-hukum fikih. Jadilah norma-norma dan hukum-hukum fikih berada di "luar sejarah sosial", menjadi suci tidak boleh disentuh dan didiskusikan. Para ahli fikih rela menggunakan fenomena-fenomena sosio historis yang temporer dan bersifat kekinian menjadi semacam ukuran-ukuran dan hukum transedental yang suci, yang tidak dapat diubah dan diganti.

Dengan demkian yang menjadi persoalan adalah *"humanisasi syari'ah Islam"* dalam arti bagaimana membumikan syari'at islam atau dengan kata lain bagaimana syari'at Islam itu dapat menjadi kenyataan dalam suatu tempat dihadapkan kepada persoalan umat manusia dalam suatu tempat dan waktu serta tantangan zaman. Syari'at Islam dihadapkan kepada persoalan modernesasi yang serba kompleks. Untuk itu menurut Prof. H.

42 Ibid., hal. 15.

43 *Ibid.,* hal. 5-6.

Ibrahim Hosen, perlu adanya "pembaharuan pemikiran keagamaan" pada umumnya dan khususnya hukum Islam, dengan jalan:[44]

1. Meninggalkan pemahaman *harfiyah* terhadap al-Qur'an dan menggantikannya dengan pemahaman berasarkan semangat jiwa al-Qur'an;

2. Mengambil Sunnah rasul dari Segi Jiwanya untuk *Tasyri' al-Ahkam* dan memberikan keluasaan sepenuhnya untuk mengembangkan teknik dan pelaksanaan masalah-masalah keduniaan;
3. Mengganti pendekatan *ta'abbudi terhadap nash-nash* (ayat al-Qur'an) dengan pendekatan *ta'aqquli*;
4. Melepaskan diri dari *"masalikul 'illah gaya lama"* dan mengembangkan rumusan *"'illah hukum" yang baru,* dan
5. Menggeser perhatian dari masalah pidana yang ditetapkan oleh *nash* (*jawabir*) ke tujuan hakiki (*zawabir*) untuk masalah pidana dan pemidanaan.

Untuk itu perlu pengembangan metodologi atau cara pikir untuk menjawab persoalan kekinian atau modernsasi dalam hukum Islam dengan mempertimbangkan khasanah pemikiran hukum Islam kontemporer yang terdiri 3 (tiga) paradigma pemikiran sebagai prinsip dasar pola berpikir yang merupakan satu kesatuan (bingkai) dalam menjawab persoalan atau problem hukum yang dihadapi umat manusia, yaitu:[45]

1. *Pola bayani*, pemikiran model ini lebih mengedepankan pemahaman hukum secara tekstual, normatif, *harfiyah-lafdliyah*, menekankan pada aspek normatif atau mengedepankan dalil sebagai uji validitasnya;
2. *Pola Burhani,* pola ini menekankan pada aspek realitas yanng ditelusuri melalui aspek logika dalam rangka untuk memperoleh kedalaman suatu maksud. Tidak lagi terfokus pada pemahaman tekstual - normatif hukum, tetapi lebih dari itu kearah merambah jauh

44 A. Khisni, *Issue Kontemporer Filsafat Hukum Islam*, Cet. 1 (Semarang: Unissula Press, 2010), hal.3.

45 *Ibid.,* hal. 3-4.

ke wilayah bumi, untuk mencoba memahami secara lebih aspiratif tentang apa maunya manusia di tengah lingkungannya;

3. *Pola Kasyfi,* model ini menekankan pada pendekatan rasa atau aspek humanis. Mementingkan dimensi batiniyah (spiritualitas), lebih mementingkan makna (meaning) ketimbang bunyi teks secara lahiriyah, menangkap makna batin ketimbang legalitas formal hukum.

Terdapat beberapa epistemologi dalam hukum Islam sebagai paradigma untuk menjawab perkembangan masalah hukum dalam dinamika kehidupan. Permasalahan kehidupan terus berkembbang (*al-waqa'iq ghairu mutanahiyah*) akan tetapi syari'ah itu terbatas (*al-syari'ah mutanahiyah*). Melihat permasalahan demikian itu, maka dalam hukum Islam, seperti yang dijelaskan di atas terdapat 2 (dua) karakteristik, yaitu: Pertama, hukum Islam dengan karakteristik *al-tsabat* (tetap) seperti dalam bidang *ibadah mahdlah*, bersifat tertutup, tidak bisa dikembangkan, *ghair al-ma'qulat al-ma'na* dan kedua, karakteristik *al-tathawwur* (dinamis) seperti dalam bidang mu'amalah, terbuka untuk dkembangkan, *ma'qulat al-ma'na*, asas *ibahah* (boleh), yang berarti dalam bidang mu'amalah apa saja diperbolehkan selagi tidak bertentangan Islam maupun nilai-nilai Islam.

Dalam bidang *mu'amalah*, pentingnya menggunakan *al-ra'yu* sebagai paradigma untuk menjawab permasalahan hukum dengan menggunakan *manhaj* (cara atau metode) via *ijtihad yang selektif dan kreatif*. Hukum bidang mu'amalah berkembang pesat. Bagaimana apabila terjadi suatu kejadian hukum atau kasus yang tidak ada legalitasnya. Untuk it perlu epistemologi sebagai paradigma untuk menjawab permasalahann hukum dalam dinamika kehdupan, supaya tepat dalam memberikan putusan hukum terhadap perkembangan hukum bidang mu'amalat tersebut.

Di bawah ini akan disebutkan beberapa *aspek epistemologi usul fikih* yang layak untuk dikembangkan sebagai metode untk menjawab perkembangan hukum bidang mu'amalah di atas, yaitu:[46]

Perama, kaidah ibahah (boleh). Segala sesuatu di bidang mu'amalah pada dasarnya adalah sah dan boleh (*ibahah atau jaiz*) selama tidak ada larangan. Hukum Islam bidang mu'amalah sedikt sekali yang rinci yang *dinilai*

46 A.Khisni, Hukum Islam, *Op. Cit.* Hal. 36 - 39.

qath'i, sedangkan pada umumnya dikemukakan dalam al-Qur'an bersifat global, berupa prinsip-prinsip global, berupa prinsip-prinsip dasar, kaidah-kaidah umum, dan bersifat terbuka untuk menerima berbagai penafsiran. Di antara prinsip-prinsip dasar yang dikemukakan al-Quur'an seperti menegakkan keadilan, prinsip musyawarah, menghilangkan kesempitan dan menolak kemudlaratan, memelihara hak-hak seseorang, menunaikan amanah,, mengembalikan persoalan-persoalan rumit pada orang yang ahli. Kaidah di atas menunjukkan suatu nikmat yang amat besar yang diberikan Allah kepada Hamba-Nya. Di mana dengan itu merasa lebih lapang untuk

bergerak mengatur diri dalam sinar al-Qur'an, karena ketentuan-ketentuan tersebut ditarik dari petunjuk al-Qur'an. Dalam menghadapi masalah mu'amalah yang serba kompleks dan bentuk-bentuk mu'amalah baru yang tidak ada padanannya pada masa syari'at diturunkan, prinsip-prinsip umum yang dikemukakan di atas akan banyak membantu dalam pemecahannya.

Kedua, Kaidah tahqieq al-manath, yaitu penelitian terhadap suatu masalah yang akan ditentukan hukumnya dan mengetahui kesamaan dengan masalah yang dimaksud oleh al-Qur'an dan Hadits yang telah dijelaskan hukumnya dengan masalah yang dimaksud oleh al-Qur'an dan Hadis yang telah dijelaskan hukumnya dalam sumber-sumber tersebut. Dengan kata lain mengetahui sejauh mana hubungannya dengan wahyu. Seperti diketahui menyimpulkan suatu maksud dari suatu ayat atau Hadits adalah suatu permasalahan, sedangkan penerapan kesimpulan itu kepada suatu masalah adalah permasalahan lain.

Dalam mengaitkan suatu hukum kepada suatu masalah memerlukan suatu ijtihad yang disebut *"tahqieq al-manath"*. Metode ini diperlukan dalam menghadapi berbagai perubahan sosial agar dalam penerapan suatu ayat terhadap masalah baru, kandungan ayat perlu dipahami secara teliti mengenai makna atau tujuan mengapa ia disuruh dan dilarang sehingga mendekati kepastian diketahui apa sebenarnya yang dimaksud suatu ayat. Maka para ulama sepakat apabila kajian bidang hukum mu'amalat pada umumnya adalah: *"ma'qulat al-ma'na"* (dapat dilacak makna atau *'llat* hukumnya).

Maka di sini adalah mengetahui dan melacak berupa *''illat efektif"* yang ada pengaruhnya terhadap ada atau tidak ada *"'illat-'illat"* yang efektif

itu hanya didapati dalam bidang mu'amalah, tidak didapatii dalam bidang *ibadah mahdlah* (ibadah murni). Kembali bidang mu'amalah, apabla makna atau *'illatnya* diketahui, maka selanjutnya *'illat* itu dijadikan ukuran dalam menilai suatu persoalan.

Hukum akan selalu ikut bersama makna (*'illat*) yang terkandung di dalamnya, bukan mengikuti bentuk formalnya. Boleh jadi suatu masalah bila dilihat bentuk formalnya adalah sama dengan yang dimaksud dalam sumber wahyu, tetapi bila dilihat nilai atau semangat yang terkandung di dalamnya, bisa jadi antara keduanya berbeda. Maka, *ijtihad 'tahqieq al-manath"* adalah suatu penelitian sampai di mana ada persamaan atau perbedaan antar kedua permasalahan bila ditinjjau dari segi *'illat* atau semangatnya. Hukum dalam

bidang kemasyarakatan (*m'amalah*) lebih dititik beratkan pada nilai dan semangat dari suatu perintah atau larangan, selama inti persoalannya dapat dilacak dan itulah yang dijadikan ukuran. Untuk itu bidang kajian *'tahqieq al-manath'* adalah *"inti makna persoalan".* Hukum akan selalu dikaitkan dengan intii di mana hukum dilandaskan.

Ketiga, Kaidah istihsan. Merupakan jalan untuk keluar dari suatu kondisi, dimana jika ketentuan umum atau kesimpulan *qiyas* ditetapkan, bila menggoncang prinsip atau kaidah syari'ah lain yang lebih utama untuk dipelihara. *Qiyas* dan kaiidah-kaidah hukum yang bersifat umum dapat diterapkan, selama dapat mencapai tujuan tersebut dan tidak berbenturan dengan suatu kepentingan yang lebih umum untuk dipelihara. Apabila berbenturan dengan suatu kepentingan yang juga harus diwujudkan dan dipelihara dalam syari'ah, maka ia ditiinggalkan, dan untuk jalan keluarnya *metode istihsan difungsikan.*

Jadi *metode istihsan* berfungsi sebagai jalan keluar penerapan kaidah umum dan *metode qiyas*. Sebagai contoh adalah *'akad salam'* yang merupakan suatu bentuk pengecualian dari ketentuuan yang berlaku secara umum karena pertimbangan kepentingan. Dengan *istihsan* di sini, walau keluar dari ketentuan umum, namun ia termasuk ke dalam ketentuan umum yang lain, yaitu mengangkat kesulitan dan mewujudkan kemudahan.

Keempat, Kaidah ta'wil, yaitu memalingkan inti suatu lafaz atau suatu redaksi dari arti yang *hakiki* atau yang dapat ditangkap oleh pemahaman suatu bahasa, kepada arti yang *majazi*. Metode *ta'wi*l amat berfungsi dalam

pembentukan dan pengembanggan hukum Islam. Hal ini dapat dilakukan, selama ada indikasi yang mendukung untuk memalingkan arti tersebut.

Metode ini amat ampuh, selama difahami bahwa ayat-ayat hukum dalam al-Qur'an, sedikit sekali lafaz atau redaksinya yang bersifat pasti *(qath'i)* menunjuk suatu makna. Lafaz-lafaz atau redaksi yang tidak pasti (*dhanny*) adalah menjadi lapangan yang amat memungkikan untuk menerapkan *ta'wil*, selama didukung oleh indikasi yang menghendaki untuk itu. *Ta'wil* apabila diartikan secara luas mencakup: Pertama memalingkan arti lafaz atau redaksi dari arti yang *hakiki kepada arti yang majazi*. Kedua, mengandung penafsiran lafaz atau redaksi yang sifatnya terbuka untuk menerima berbagai penafsiran.

Pemaparan di sub bab ini merupakan metodologi yang harus dikuasai oleh seorang calon *mujtahid* termmasuk di dalamnya adalah bagaimmana

‘reformasi paham keagamaan’, fakta di lapangan dinyatakan: beragama, akan tetapi tidak memahami keilmuan keberagamaan. reformasi keagamaan berarti reformasi masyarakat muslim berupa rekonstruksi masyarakat muslim secara total sesuai dengan kebutuhan zaman. Dalam bidang hukum Islam mereformasi prinsip-prinsip (metodologi hukum Islam), merekontruksi teori-teori hukum Islam dengan mengaitkan problematika moderen, realitas zaman, kompleksitas permasalahan supaya hukum Islam tidak irrelevan.

Perkembangan teori hukum Islam sekarang seperti pendekatan *‘taaqquli – taabbudi’, “maqqulat al ma’na – ghair maqulat – al ma’na”*, ‘ajaran dasar – ajaran non dasar’ akan memberikan sumbangan bagaimana memahami Islam dan hukum Islam itu tidak hanya hitam – putih, tetapi mewujudkan pemahaman yang utuh (holistik) dengan mengikut sertakan pendekatan empiris – sosiologis mengaitkan norma keagamaan atau hukum Islam itu dengan kehidupan dan supaya nyambung dengan kehidupan.

Dunia Muslim dihadapkan kepada persooalan yang rumit dan kompleks, yaitu persoalan demokrasi, Hak Asasi Manusia (HAM), *Civil Society*, *konstitualisme* dan lain-lain. Hukum Islam konvensional sudah tidak lagi relevan untuk diterapkan dalam dunia modenr. Untuk itu butuh mengkaji *‘sejarah pemikiran hukum Islam’*, sebab adanya kesalahan umat Islam dalam memahami ajaran-ajaran agamanya, karena metodologi yang usang. Untuk menjawab hal tersebut perlu merumuskan kembali: merumuskan

metodologi baru, merekontruksi metodologi baru, dan memberikan perspektif baru dalam kajian keislaman dengan melakukan *“tajdid al-fahmi”* , yaitu pembaharuan pemahaman dengan mempertimbangkan *“teologis – normatif”* dengan *“historis – empiris” (tarihiyyat).*

Kata kunci adalah *“tafaquh fi addin yang historis”*. Sebagai *mujtahid* dihadapkan kepada ruang yang tidak hampa (*a historis*), akan tetapi dihadapkan kepada ruang yang penuh dengan problem kehidupan (*historis*), maka ia tidak cukup melakukan pola pikir *“atas –bawah” (teologis – normatif)*, akan tetapi diperlukan juga pola pikir *“bawah – atas” (historis – empiris)*. Ia dituntut memahami teks (*fahm an Nash*) dan juga dituntut memahami kehidupan (*fahm al-waqa’iq*), berupa budaya, ekonomi, politik, kemajuan ilmu pengetahuan, pengaruh ruang dan waktu. Tidak cukup ‘bermadzhab teks’ atau pendapat *(madzhab qauli)*, tetapi dituntut penguasaan terhadap ‘madzhab metodologi’ *(madzhab manhaji)*.

HUkUm IsLAm kONTEksTUAL

Trend baru dalam kajian Islam dan hukum Islam dilakukan saat ini dengan jalan melakukan pembentukan tradisi berupa transformasi dari *turats* (kebiasaan) ke *taqlid* (mengikuti) apa adanya sampai pada *tajdid* (pembaharuan) karena adanya perubahan pemahaman dsebabkan adanya perbedaan waktu, perbedaan tempat dan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi yang sangat mempengaruhi cara pikir manusia dalam menjawab persoalan kehidupannya, khususnya dalam bidang hukum.

Dalam bab hukum Islam kontekstual ini, kita dihadapkan kepada permasalahan hukum yang berhadapan dengan permasalahan keadaan yang disebutkan di atas, khususnya pertanyaan: bahwa ayat al-Qur'an, hukum,

undang-undang telah selesai pengundangannya (*an-nusush mutanahiyah*), akan tetapi kehidupan ini tidak pernah selesai (*al waqa'iq ghairu mutanahiyah*), terus berubah dan dinamis, yang abadi adalah perubahan itu sendiri.

Sebagai seorang calon maupun sudah sungguh-sungguh sebagai *mujtahid* harus bisa menangkap *'maqashid al-syari'ah'* apabila berhadapan dengan situasi dan kandisi seperti yang disebutkan di atas. Ia harus paham *nash* (teks) maupun paham kehidupan (*waqa'iq*), ia wajib memahami *'normatif – ideologis'* dan *'empiris – historis'*. Hal yang demikian pernah dilakukan oleh Umar ibnu Khaththab r.A. dalam membagi *ghanimah* di wilayah Sawad di Iraq. Dalam pembagian harta rampasan, hak-hak generasi yang akan datang harus dipikirkan, berbeda pada zaman Nabi bahwa harta rampasan dibagikan hanya kepada tentara saja yang direformasi oleh Umar ibnu Khaththab bahwa harta rampasan itu dibagikan kepada tentara dan penduduk setempat. Dalam ayat al-Qur'an dinyatakan: " jangan meninggalkan anak cucu yang lemah (ekonominya)".

Apa yang dilakukan oleh Umar ibn Khaththab di atas merupakan *nafas Islam*, yaitu keadilan. Keadilan sebagai *manhaj* atau *metodologi* untuk memecahkan suatu permasalahan hukum yang sebelumnya secara tekstual tidak lazim dan legalitasnya tidak ada, tetapi oleh Umar ibnu Khaththab melakukannya untuk menggali keadilan substantif dan kontekstuan. Al-Qur'an bukan 'kitab hukum', tetapi alat untuk *'hudan li nas'* (petunjuk bagi manusia), dan al-Qur'an menghendaki agar manusia hidup 'dalam bimbingan al-Qur'an' yang bersifat *'etis'* disebut *'etika al-Qur'an'* yang disimpulkan menjadi *'maslahat'*. Untuk menggali ruh, jiwa al-Qur'an tidak cukup hanya memahami *teks* ayat saja, tetapi sampai pada latar belakang *historis* dati ayat itu, sehingga dapat ditangkap *'maqashid al-syari'ah'* yang benar-benar dikehendaki oleh Allah SWT.

Dari sini dapat ditangkap bahwa di dalam al-Qur'an terdapat nilai yang disebut sebagai *"ideal moral"* sebagai *manhaj*. Para ulama menggali nilai al-Qur'an itu dijadikan kaidah hukum Islam yang berlaku universal sebagai *'qawa'id fiqiyah'* yang disebut *'al-qawa'id al-khamsah'.* Kaidah ini merupakan alat pemandu permasalahan hukum Islam yang terjadi ditimbang dengan lima kaidah ini secara umum. Adapun lima kaidak hukum Islam itu, sebagai berikut:

1. *Al-'umuru bi maqashidiha* (semua perkara tergantung kepada tujuannya). Kaidah umum hukum Islam ini menjadikan hukum Islam selalu *kontekstual, 'induktif-empiris'* serta *'historis-sosiologis'*

dalam menyesuaikan dan menjawab permasalahan hukum yang *kontekstual;*

2. *Al-'adatu muhakkamah* (adat kebiasaan itu dapat sebagai sumber hukum). Kaidah umum hukum Islam ini, menjadikan hukum Islam selalu mengakomodir nilai-nilai lokal, nilai- nilai kebiasaan yang baik yang dijunjung dan ditegakkan oleh masyarakat lokal, sehingga menjadikan hukum Islam menjadi *akomodatif* dan mudah sosialisasi dan penegakannya;
3. *Al-yakinu la yuzalu bi syakki* (keyakinan itu tidak dapat dihilangkan dengan keragu-raguan). Kaidah umum dalam hukum Islam ini menyatakan, bahwa hukum butuh kepastian sehingga perlu dilegalitas, dikodifikasikan dan diunifikasikan, sehingga terwujud kepastian (*yuridis*) dalam mempermudah pemahaman dan penegakannya;

4. *Al-masyaqqatu tajlibu al-taisira* (kesulitan itu dapat mendatangkan kemudahan). Kaidah umum dalam hukum Islam ini menyatakan bahwa Islam dan hukum Islam itu pasti mendatangkan kemudahan bagi kehidupan dan memanusiakan manusia untuk kehidupan dunia dan akhirat;
5. *La dharara wa la dhirara* (jangan berbuat *mudharat* dan jangan pula mau dibuat *mudharat*). Atau dengan bahasa lain, yaitu jangan mrnyusahkan dan jangan mau dibuat susah. Kaidah umum hukum Islam ini berprinsip keseimbangan dan keadilan dalam berhukum dan berkehidupan dalam segala seginya;

Lima prinsip hukum yang disebut kaidah umum yang belaku universal ini bersumber dari nilai-nlai al-Qur'an yang di dalamnya mengandung nilai: " *Yuridis* (kepastian) – *Filosofis* (keadilan) – *Sosiologis* (kemanfaatan) – *Historis* (akomodatif) – dan nilai kemudahan (*taisir*)".

Di bawah ini, kami berikan contoh "kasus Kewarisan" sebagai perwujudan pergulatan antara *'teks'* dengan *'konteks',* antara *'madzhab qauli'* dengan *'madzhab manhaji'*, atau antara *'teologis-normatif'* dengan *'historis-sosiologis'* dengan pendekatan *'kontruksivistik'* dengan melihat hukum yang *qath'i* (pasti) dalam teks dengan sudut pandang *dhanni* (dugaan) pada tingkatan pelasanaan (*tanfidz*), khususnya Pasal 176 dan Pasal 171 (c) Kompilasi Hukum Islam (KHI) dengan al-Qur'an Surat an-Nisa' ayat 176.

Dengan teori yang dipakai ialah: 'teori penemuan hukum (*ijtihad*)',

‘teori pengembangan hukum’, ‘teori pembangunan hukum’, *‘teori ta’aqquli (ma’qulat al-ma’na),* teori ajaran dasar dan ajaran non dasar (hukum kewarisan termasuk hukum non dasar). Adapun hasil yang diperoleh adalah “selagi ada anak (baik laki-laki atau perempuan) maka ia mendapat seluruh harta dari pewaris (*asabah*), sebab saudara kandung pewaris tidak ada tanggung jawabnya kepada keponakannya dalam segala aspeknya lebih-lebih yang menyangkut soal ekonomi. Anak non muslim bukan sebagai ahli waris, tetapi dapat bagian warisan dari ayah (Pewaris) muslim dengan wasiat wajibah dan bagiannya sama dengan ahli waris yang lain. Adapun teori hukum yang ditemukan adalah: *“teori hukum kasus”* atau *“teori kasuistis”.*

Kasus Posisi A: Latar belakang masalahnya sebagai berikut:[47] Pewaris hanya meninggalkan satu anak perempuan (ahli waris), yang *menghijab* sauara kandung laki-laki Pewaris, dan ia (anak perempuan Pewaris) tersebut mendapatkan seluruh bagian harta warisan dari ayahnya (Pewaris)”. Yurisprudensi Mahkamah Agung d atas, berbeda dengan norma hukum yang terlegalitas dalam al-Qur’an maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang menentukan bagian ahli waris secara *al-furud al-muqaddarah* (bagian yang ditentukan secara pasti). Di dalam *Qs. An-Nisa’* (4) ayat 11 dinyatakan: *“ ... Jika anak perempuan itu seorang saja, maka ia memperoleh separuh harta ...”*. Demikian juga dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai hukum materiil yang digunakan sebagai pedoman hakim Peradilan Agama dalam bab III tentang besarnya bahagian, dalam Pasal 176 dinyatakan: “Anak perempuan bila hanya seorang ia mendapat separuh bagian... “. Adapun kerangka teori untuk menganalisis kasus ini adalah: “teori penemuan atau pengembangan hukum”.

Adapun kasus posisinya sebagai berikut, bahwa telah hidup dua orang laki-laki bersaudara, yaitu daudara kandung A dan saudara kandung B. Saudara kandung A telah meninggal dunia dan telah meninggalkan ahli wari (utama) yang semuanya telah meninggal dunia kecuali masih meninggalkan 1 (satu) anak perempuan. Di samping itu saudara kandung A, di samping meninggalkan ahli waris, juga meninggalkan harta warisan. Dahulu ketika saudara kandung A meninggal dunia harta tinggalannya belum dibagi waris, tetapi langsung dikuasai dan dikelola oleh saudara kandung B, karena pada waktu itu anak perempuan almarhum (Pewaris) masih kecil.

Berdasarkan alasan-alasan tersebut di atas, saudara kandung B mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama untuk dapat menerima dan mengadili serta memberikan putusan antara lain menetapkan ahli waris dari almarhum termasuk Penggugat (sauudara kandung B) dan menetapkan harta peninggalan yang belum dibagi wariskan kepada ahli waris dan melakukan pembagian warisan. Menimbang bahwa dari hasil pemeriksaan

47 Putusan Pengadilan Agama Mataram, No. 85/Pdt.G/92/V/PA. MTr tertanggal 5 Nopember 1992 M. Bertepatan tanggal 10 Jumadil Awal 1413 H. Jo. Putusan Pengadilan Tinggi Mataram No. 19/Pdt. G/1993/PTA. MTr, tanggal 15 September 1993 M., bertepatan dengan tanggal 28 rabiul Awal 1414 H., Jo. PutusanMahkamah Agung rI No. 86 K/AG/194, tanggal 28 April 1995.

dalam sidang Pengadilan Agama tersebut diputuskan bahwa saudara laki-lak Pewaris mendapat pembagian harta warisan berssama-sama dengan anak perempuan Pewars. Dengan demikian berarti bahwa saudara laki-laki dari Pewaris tidak *terhijab* atau terdinding oleh anak perempuan Pewaris.

Atas putusan Pengadilan Agama tersebut di atas, Tergugat melakukan banding ke Pengadilan Tinggi Agama yang mengadili, memutuskan menguatkan putusan Pengadilan Agama untuk sebagian dan membatalkan sebagian lainnya dengan mengadili sendiri, sehingga berbunyi selengkapnya dan atau sebagian sebagai berikut: Menetapkan bagian masing-masing ahli waris (Tergugat I) mendapat 1/2 (setengah) dari harta warisan Pewaris dan saudara laki-laki Pewaris mendapat ashabah (1/2 bagian) dari harta warisan Pewwaris. Jadi putusan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tiinggi Agama sama-sama memutuskan bagian warisan antara anak perempuan Pewarin dan saudara kandung Pewaris, dengan demikian anak perempuan Pewaris tidak menghalangi (*memahjub*) saudara kandung Pewaris.

Pandangan Mahkamah Agung berbeda dengan pandangan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama. Dalam hal ini Mahkamah Agung berpendapat, bahwa Pengadilan Tinggi Agama telah salah dalam menerapkan hukum karena mendudukkan saudara laki-laki Pewaris sebagai *ashabah* yang sama dengan anak perempuan Pewaris dalam hal ini kedudukannya tidak dapat disejajarkan dengan pamannya selaku ahli waris yang sama-sama menerima warisan dari Pewaris.

Dengan demikian menurut pandangan Mahkamah Agung, bahwa keberatan pembanding dapat dibenarkan karena Pengadilan Tinggi Agama telah salah menerapkan hukum. Menurut Mahkamah Agung berpendapat bahwa selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan maka hak

waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris, kecuali orag tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab)*. Menurut Mahkamah Agung pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir *mu'tabar* di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata *"walad"* apa ayat 176 Surat an-Nisa' yang berpendapat penegertiannya "mencakup anak laki-laki maupun anak perempuan".

Dari membaca kasus posisi yang diutarakan di atas dan dengan memperhatikan berkas-berkas perkara yang ada, maka di antara hal yang

menarik perhatian untuk dianalisis adalah tentang perbedaan kesimpulan antara Pengadilan Tinggi Agama Mataram dengan Mahkamah Agung. Menurut Pengadilan Tinggi Agama Mataram bahwa harta peninggalan Pewaris harus dibagi antara ahli waris yang terdri dari anak perempuan dan saudara laki-laki Pewariis. Dalam salah satu pertimbangan hukumnya, Pengadilan Tinggi Mataram menyatakan: Menimbang bahwa hasil dari pemeriksaan Pengadilan Agama Mataram terhadap para pihak dari saksi-saksi, telah terbukti bahwa almarhum (Pewaris) telah sama-sama diakui bahwa telah meninggal dunia dengan meningggalkan seorang anak perempuan dan saudara laki-laki. Menimbang bahwa meskipun harta peninggalan tersebut telah dibalik nama ke saudara kandung Pewaris, oleh karena pada waktu meninggalnya Pewaris harta itu masih milik Pewaris, maka oleh karena harta peninggalan pewaris itu merupakan harta peninggalan yang diwariskan kepada ahli warisnya. Menimbang bahwa dari hasil pemeriksaan dalam sidang Pengadilan Agama Mataram telah terbukti bahwa harta peninggalan Pewaris tersebt belum dibagikan kepada ahl waris yang berhak menerimanya dan oleh karenannya harta peninggalan tersebut (berupa tanah kebun), maka merupakan tanah serikat ahli waris.

Dalam pertimbangan tersebut terdapat suatu pendapat bahwa saudara laki-laki dari Pewaris mendapat pembagian harta warisan bersama-sama dengan anak perempuan Pewaris, dengan demikian berarti bahwa saudara laki-laki dari Pewaris tidak *terhijab* ata tidak terhalang oleh anak perempuan Pewaris. Mereka berserikat harta peninggalan Pewaris. Pendapat inilah yang populer di kalangan para ahli hukum Islam dan menurut ahli tafsir al-Qurthubi dalam buku tafsirnya al-jami' li akhkam al-Qur'an, pendapat tersebut merupakan pendapat mayoritas ulama.[48] Mereka membedakan antara anak laki-laki degan anak perempuan. Yang disebut terakhir ini yaitu anak perempuan Pewaris tidak menjadi penghalang dari saudara laki-laki Pewaris untuk mendapatkan warisan.

Lain halnya dengan anak laki-laki yang dianggap menjadi penghalang bagi saudara laki-laki Pewaris untuk mendapatkan harta warisan. Sebagai alasan mengapa anak laki-laki sebagai penggalang bagi saudara laki-laki Pewaris, yaitu *QS. An-Nur* (59) ayat 176 yang artinya: *"Allah beri fatwa kepadamu*

48 Satria Efendi M. Zein, "Analisis Fukih", dalam *Mimbar Hukum No. 30 Thn. VII 1997,* hal. 108.

tentang kalalah, yaitu laki-laki mati (padahal) tidak ada baginya walad (anak) tetapi ada baginya seorang saudara perempuan, maka (saudara perempuan) itu dapat separooh dari apa yang ia tinggalkan, dan (saudara laki-laki) itu jadi warisnya (pula) jika tidak ada baginya walad (anak) jika ada saudara perempuan itu dua orang, maka mereka berdua dua pertiga dari apa yang ia tinggalkan, dan jika mereka itu laki-laki dan perempuan, maka yang laki-laki dapat bagian dua bagian perempuan. Allah terangkan bagi kamu supaya kamu tidak sesat, karena Allah amat mengetahui tiap-tiap sesuatu".

Dalam ayat tersebut ditegaskan bahwa jika seorang yang meninggal dunia tidak punya anak, tetapi mempunyai saudara laki-laki maupun saudara perempuan dari yang meninggal dunia itu (Pewaris), maka ia mendapat pembagian dari harta peninggalan Pewaris itu. *Mafhum mukhalafah*nya menunjukkan bahwa jika seorang yang meninggal itu mempunyai anak (*walad*), maka saudara dari Pewaris yang meninggal itu terdinding berarti tidak berhak mendapatkan pembagian dari harta warisan saudaranya yang meninggal itu.

Permasaahan sekarang adalah apa yang dimaksud dengan kata *"walad"* (anak) dalam ayat tersebut yang *menghijab* atau menjadi penghalang bagi saudara kandung Pewaris untuk mendapatkan warisan. Menurut pendapat mayoritas ulama, seperti yang dikemukakan oleh qurthubi di atas, bahwa yang dimaksud dengan *"walad"* (anak) dalam ayat tersebut adalah khusus adalah anak laki-laki tidak mencakup anak perempuan. Dengan demikian keberadaan anak perempuan tidak menghijab (mendinding) saudara kandung dari Pewaris sehingga masing-masing mereka mendapat bagian dari harta peninggalan Pewaris itu sesuai dengan pendapat inilah Pengadilan Tinggi Agama Mataram memutuskan perkara tersebut di atas sehingga saudara laki-laki Pewaris mendapatkan harta peninggalan saudara kandunngnya Pewaris meskipun Pewaris meninggalkan anak perempuan.

Berbeda dengan penafsiran tersebut di atas, Ibnu Abbas seorang sahabat rasulullah berpendapat bahwa yang dimaksud dengan kata *"walad"* (anak)

dalam ayat tersebut di atas mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Pendapat ini sejalan dengan *mazhab zahiri.* Alasan mereka antara lain adalah bahwa kata *"walad"* (anak) yang seakar dengannya dipakai dalam al-Qur'an

bukan saja untuk anak laki-laki tetapi juga untuk anak perempuan. Misalnya dalam *QS. A-Nisa'* (59) ayat 11, Allah berfirman dengan memakai kata *"aulad"* (kata jama' dari kata *walad*) yang artinya: *"Allah mewajibkan bagi kamu tentang "aulad (anak-anakmu), buat seorang anak laki-laki (adalah) seperti bagian dua anak perempuan".*

Kata *'ualad'* dalam ayat tersebut mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Sejalan dengan pengertian tersebut, maka kata *"walad"* dalam ayat 176 *Surat an-Nisa'* tersebut di atas, menurut mereka juga mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Menurut pendapat ini, baik anak laki-laki maupun anak perempuan masing-masing mendinding (*memahjub*) saudara kandung Pewaris dari mendapatkan atau mewarisi harta peninggalan Pewaris.

Penafsiran tersebut di atas bila diterapkan kepada kasus posisi ini, maka kesimpulan yang dapat diambil adalah bahwa keberadaan anak perempuan Pewaris menjadi penggalang (*memahjub*) saudara kandung Pewaris untuk mendapatkan harta warisan. Penafsiran seperti inilah yang dipakai Mahkamah Agung untuk membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataram seperti tersebut di atas. Dalam salah satu pertimbangan hukumnya Mahkamah Agung menjelaskan: *"selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan maka hak waris dar orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris kcuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (terhijab)"*. Bahwa pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir yang *mu'tabar* di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata *"walad"* pada ayat 176 *Surat an-Nisa'* yang berpendapat pengertian *walad* mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan. Menimbang bahwa dalam perkara ini dengan adanya permohonan kasasi/Penggugat asal (anak perempuan Pewaris), maka Termohon kasasi/Penggugat asal (pamannya) menjadi tertutup atau termahjub untuk mendapatkan warisan.

Bila diperhatikan adanya dua kesimpulan yag berbeda di atas maka perbedaan itu bertolak adanya dua sikap yang berbeda dalam memilih salah satu dari dua pendapat ulama tersebut. Namun masing-masinng

mereka tidak tidak mengemukakan alasan mengapa memilih yang satu dan mengenyampingkan yang lain. Pengadilan Agama Mataram meskipun

tidak secara tegas menyatakan bahwa keputusannya itu berdasarkan atas penafsiran mayorittas ulama terhadap ayat 176 *Surat an-Nisa'* tersebut, namun kenyataannya kesimpulan seperti itu sejalan dengan penafsiran mayoritas ulama. Namun tidak mengemukakan alasan mengapa memakai pendapat mayoritas ulama dan mengenyampingkan pendapat Ibnu Abbas. Mahkamah Agung secara tegas memilih pendapat Ibnu Abbas dalam menafsirkan ayat terssebut. Namun tidak memberi alasan mengapa mengenyampingkan pendapat mayoritas ulama seperti yang dipakai oleh Pengadilan Tinggi Agama Mataram.

Suatu hal yang perlu diketahui, adalah bahwa salah satu ciri hukum Islam bahwa di samping ada hukum-hukum yang disepakati oleh para ulama seperti halnya hukum-hukum yang telah ditegaskan oleh al-Qur'an atau Sunnah, ada pula hukum-hukum hasil ijtihad yyang diperdebatkan di kalangan mereka. Dalam hukum hasil ijtihad ini, dalam suatu masalah bisa jadi terdapat beberapa kesimpulan hukum. Untuk menghadapi perbedaan madzhab seperti ini, menurut ulama *usul fikih* ada beberapa hal yang perlu diperhatikan dalam menentukan sikap, pendapat mana yang harus dipiliih oleh hakim, antara lain:[49]

Pertama, bila mana salah satu dari beberapa pendapat telah menjadi undang-undang dalam sebuah negara atau masyarakat, maka yang dianggap berlaku dalam masyarakat itu adalah pendapat yang telah dicantumkan dalam undang-undang. Dengan demikian baik hakim atau para *mufti* harus terikat oleh bunyi undang-undang. Keputusan hakim yang didasarkan atas undang-undang itu tidak bisa digugat dengan *madzhab* atau pendapat laiin yang tidak tercantum dalam undang-undang itu.

Kedua, jika belum menjadi undang-undang, tetapi telah terjadi kesepakatan dalam suatu masyarakat, bahwa yang akan diperlakukan di pengadilan adalah madzhab atau tokoh tertentu, maka selanjutnya kesepakatan itu mengikat masyarakat tersebut. Artinya, selama putusann hakim sejalan dengan madzhab atau pendapat yang telah disepakati untuk dipakai dalam masyarakat itu, maka putusan hakim tidak dapat digugat oleh *madzhab* atau pendapat lain yang tidak sejalan dengan kesepakatan itu.

49 *Ibid.,* hal. 110 – 112.

Ketiga, jika belum ada undang-undang yang mengatur dan tidak ada pula kesepakatan untuk memilih *madzhab* mana yang akan diperlakukan di pengadilan, maka jalan yang harus ditempuh adalah memakai madzhab atau pendapat yang sudah bisa dipakai dalam masyarakat itu. Suatu yang sudah berlaku berulang kali dalam masyarakat sehingga sudah menjadi kebiasan mereka dalam memilih madzhab itu atau pendapat tertentu iitu, dianggap sudah disepakati dalam masyarakat itu. Dalam kajian usul fikih dijelaskan bahwa suatu yang telah menjadi kesepakatan menurut adat kebiasaan sama dengan ketetapan secara tertulis. Dalam masalah seperti ini, peranan yurisprudensi sangat penting bagi praktek penegakan hukum di pengadilan.

Keempat, hakim baru dibolehkan keluar dari ketentuan-ketentuan tersebut, disamping ternyata ketentuan-ketentuan itu bertentangan dengan al-Qur'an dan as-Sunnah, juga jika pada kasus tertentu dalam pandangan hakim bilamana pertimbangan hukum yang biasa dipakai secara umum diterapkan dalam kasus seperti itu, akan bertentangan dengan kemaslahatan atau akan bertentangan dengan tujuan syari'at (*maqashid al-syari'ah*). Dalam kondisi seperti itu boleh memilih putusan lain seperti yang terdapat dalam prinsip *istihsan* dalam madzhab Hanafi. *Istihsan* adalah hukum pengecualian dari ketentuan yang berlaku umum untuk diterapkan pada kasus-kasus yang sedang berada dalam kondisi tertentu sehingga menghendaki pertimbangan lain yang sejalan dengan tujuan syari'at (*maqashid al-syari'ah*). Namun bila mana jalan itu yang dipilih, maka hendaklah hakim harus menjelaskan secara gamblang mengapa ia mennggalkan hukum yang biasa dipakai dalam kasus yang serupa dan menerapkan putusan lain yang tidak biasa dikenal dalam masyarakat itu.

Dalam kasus posisi ini, seperti yang telah dijelaskan di atas baik Pengadilan Tinggi Agama Mataram maupun Mahkamah Agung masing-masing tidak mengemukakan alasan mengapa mengambil yang satu dan mengesampingkan yang lain, tanpa menyebut alasan tambahan kecuali hanya menyebutkan bahwa putusan ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas seperti yang dikemukakan Mahkamah Agung.

Syari'at Islam mengatur masalah-masalah kehidupan sosial yang sangat global dan tidak rinci, membawa ajaran-ajaran berupa pesan-pesan moral, prinsip-prinsip umum dan ajaran-ajaran pokok yang bersifat

universal. Ajaran-ajaran inilah yang bersifat abadi, tidak akan berubah dan tidak boleh diubah, seperti menegakkan keadilan, kecuali bidang *ibadah mahdlah* yang bersifat rinci aturannya. Andaikata syari'at Islam dalam bidang sosial aturan ajarannya bersifat rinci yang harus mengikat setiap waktu dan tempat, akan mengekang gerak langkah dan akan berbenturan dengan dinamika masyarakat. Hal seperti itu bertentangan dengan keuniversalan al-Qur'an.

Hukum-hukum yang bersifat teknis itu bersifat temporer karena pembentukannya berdasarkan pertimbangan adat-istiadat atau budaya Arab waktu ayat diturunkan. Kalau dikaitkan dengan penerapan pada ketentuan-ketentuan kadar pembagian harta warisan dalam al-Qur'an, maka ketentuan anak laki-laki (umpamanya) berhak mendapatkan dua kali pembagian anak wanita hanya relevan dengan masyarakat yang kulturnya dengan kultur masyarakat masa ayat diturunkan. Sesuai pola pikir aliran ini, ketentuan ayat seperti itu dapat ditelusuri mengapa ketentuan itu dibentuk seperti demikian?. Dalam masyarakat pada waktu ayat diturunkan, demikian menurut aliran ini,[50] tanggung jawab memberi nafkah dipikul oleh pihak laki-laki, baik terhadap saudara perempuannya yang pada suatu saat membutuhkannya, maupun terhadap anak istrinya. Oleh karena itu wajarlah bila pembagian anak laki-laki lebih banyak dari pembagian anak perempuan dari harta peninggalan orang tua mereka.

Ketentuan seperti itu sudah tidak lagi cocok untuk diterapkan terhadap masyarakat dimana soal tanggung jawab memberi nafkah tidak lagi atau bukan hanya dipikul oleh pihak laki-laki. Dalam hal ini, akal sehat hendaklah mempertimbangkan bagaimana merumuskan hukum ketentuan baru yang sesuai dengan kultur masyarakatnya. Dalam merumuskan hukum ketentuan baru itu, menurut pola pikir ini, yang harus dipedomani adalah *'ruh syari'at'* atau *'pesan moral*' seperti nilai keadilan, meskipun akan berakibat terabaikannya ketentuan-ketentuan dalam bunyi teks ayat-ayat al-Qur'an.

50 Sesuai Aliran Qasim Amin, Ahl hukum tamatan Perancis dari Mesir yang hidup sampai Abad 20 (1863 -1908). Gerakannya berupa: "Untuk menyesuaikan pemahaman-pemahaman keagamaan Islam dengan perkembangan baru di abad modern." Dalam Satria Efendi M. Zein, *"Munawir Sjadali dan Reaktualisasi Hukum Islam di Indonesia,* " ed. Muhammad Wahyuni Nafis dalam Kontekstualisasi Ajaran Islam, 70 Tahun Munawir Sjadali, Cet. 1 (Jakarta: PT. Temprint, 1995, hal. 294 – 295).

Jika ketentuan dalam ayat itu memang perlu dianggap sebagai hukum-hukum yang dapat ditelusuru alasan atau *'illat'* pembentukan hukumnya

seperti dikemukakan oleh aliran di atas, maka perlu disadari bahwa apa yang dianggap sebagai *' 'illat'* hukum itu yaitu tanggung jawab laki-laki untuk menjamin nafkah saudara-saudara perempuannya yang sedang dalam kesulitan dan nafkah anak dan istrinya, adalah juga ajaran Allah yang harus ditaati dan dilestarikan.

Adanya kenyataan kerjasama dalam mencari nafkah antara suami istri atau adanya saudara perempuan yang tidak memerlukan bantuan saudara laki-lakinya tidak berarti telah mengubah posisi laki-laki sebagai kepala keluarga yang bertanggngjawab. Oleh sebab itu, jika hendak menghindarkan kesenjangan yang dikhawatirkan itu, maka jalan keluarnya bukan dengan mengabaikan ketentuan-ketentuan terks al-Qur''an, tetapi dengan cara memperlakukan hukum kewarisan itu oleh penguasa dalam suatu masyarakat hendaknya secara serentak dengan memperlakukan hukum *nafaqat* (hukum yang mengatur hal ihwal nafkah). Bilamana dua bagian itu serentak diperlakukan, bila ada yang mengabaikan kewajiannya, maka pihak yang merasa dirugikkan bisa menuntut haknya di pengadilan. Pihak yang mengabaikan kewajibannya patut mendapat hukuman. Adanya suatu hukuman berarti adanya suatu pelanggaran dan adanya pelanggaran hendaknya diluruskan.

Dari posisi kasus di atas tidak dapat dilepaskan dari ketentuan hukum waris dan pelaksanaannya. *QS. An-Nisa'* (4): ayat 11, ayat ini membatalkan kebiasaan di masa awal Islam di mana dengan perjanjian orang dapat saling mewarisi. Menurut riwayat sebab nuzulnya, ayat ini juga membatalkan kebiasaan orang Arab yang tidak memberikan bagian kepada ahli waris wanita seperti istri dan anak-anak wanita, bahkan juga kepada anak laki-laki jika masih kecil.

Dari ayat tersebut, dahulu pada masa sebelum Islam wanta sama sekali tidak mendapat bagian warisan. Setelah Islam datang, wanita diberi bagian warisan meskipun hanya setengah dari bagian laki-laki. Ini berarti secara sadar Islam hendak meningkatkan hak dan derajat wanita. Karena itu dapat dipahami bahwa jiwa dari ayat waris tersebut adalah bahwa pada dasarnya usaha meningkatkan hak dan derajat wanita harus terus dilakukan dan

tidak boleh berhenti. Kemudian oleh karena kehidupan moderen sekarang ini telah memberikan kewajiban yang lebih besar kepada wanita dibanding pada masa lalu sehingga wanita kini juga dapat memberikan peran yang

sama dengan laki-laki dalam masyarakat, maka logis saja kalau hak-haknya dalam warisan juga ditingkatkan agar sama denggan laki-laki.

Struktur sosial dapat mempengaruhi dalam hukum waris Islam. Dalam masyarakat Arab yang menganut sistem kekerabatan yang patrillinial, maka aturan pemberian bagian lebih kepada laki-laki memang sesuai dan berfungsi positif dalam melestarikan sistem kekerabatan itu. Tetapi masyarakat Islam di dunia ini tidak selamanya harus berstruktur kekerabatan patrilinial.

Dalam masyarakat moderen yang cenderung memberikan kesempatan seimbang kepada laki-laki dan wanita (struktur masyarakat bilateral) maka wajar kalau aspirasinya mengenal hak dan kewajiban juga seimbang, dalam hal ini termasuk hak dalam warisan. Dengan demikian timbul suatu pertanyaan, apakah hukum waris itu dapat berubah karena perubahan struktur sosial. Ternyata memang demikian, bahwa hukum waris Islam itu, sekurang-kurangnya dalam pelaksanaannya bukan hanya dapat berubah karena struktur soaial, tetapi sebab yang lebih kecil yaitu "struktur keluarga".

Secara umum keluarga dalam masyarakat moderen Indonesia cenderung menempatkan model "keluarga inti", yaitu: "bapak, ibu dan anak" tanpa sanak saudara, ini "menjadi bentuk susunan keluargga yang standar dan diterima secara sosial". Dengan perkataan lain, keluarga inti merupakan model yang moderen dalam masyarakat industri.

Masyarakat moderen Indonesia teruttama di kota-kota telah pula mengenal bahkan pula menerapkan model keluarga inti demikanpun di pedesaan. Keadaann seperti ini terjadi di manapun, di negara-negara yang sedang membangun termasuk Indonesia yang kini berada dalam periode peralihan dari masyarakat agraris ke masyarakat industri.

Mengingat dalam kasus posisi di atas, selagi ada anak maka mendinding (*memahjub*) saudara kandung Pewaris. Dengan melihat struktur keluarga inti di atas, saudara kandung Pewaris tidak memiliki tanggung jawab apapun terhadap keponakannya, sebab ia mempunyai tanggung jawab sendiri terhadap keluarga intinya masing-masing.

Jadi walaupun dalam al-Qur'an dinyatakan secara *sharih,* seperti *"wain kanat wahiidatan falaha an-nishfu"* rupaya yang penting dalam hal ini ditegakkannya keadilan dan bukan pernyataan *sharih al-Qur'an*, sedangkan kenyataan struktur keluarga itu sendiri sepenuhnya berada di tangan Tuhan. Jadi ternyata aturan hukum yang sudah sharih dalam al-Qur'an mengenai

waris itu terkadang tidak sepenuhnya dapat diterapkan dan kemudian harus dimodifikasi dengan ijtihad, karena adanya hukum lain yang juga datang dari Allah, yaitu: “kenyataan struktur keluarga”.

Dari hal itu, hukum waris Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) tetap dilakukan ijtihad berupa penafsiran hukum waris Islam dengan mengakomodir hukum adat seperti cucu dapat menggantikan kedudukan ayahnya dalam mewarisi kakeknya atau neneknya dengan cara memperoleh wasiat wajibah, dalam kiitab-kitab fikih klasik ketentuan demikian tidak ada, karena warisan itu pada dasarnya hanya untuk ahli waris yang masih hidup. Demikianpun Kompilasi Hukum Islam (KHI) memberi hak waris kepada anak angkat atau orang tua angkat, sedangkan al-Qur’an jelas-jelas tidak mengakui keberadaan anak angkat atau orang tua angkat karenanya tidak mempunyai akibat hukum. Akan tetapi anak angkat atau orang tua angkat mendapat warisan karena melalui konsep *wasiat wajibah*.

Dari kasus posisi di atas, dapat dinyatakan bahwa keberadaan hukum kewarisan yang dipandang *qath’i* itu dapat berubah menjadi *dhanni* pada tingkat penerapan (aplikasi) melalui putusan Pengadilan Agama. Hal ini wajar karena Pengadilan Agama disamping sebagai ‘institusi hukum’ juga sebagai ‘institusi sosial’, peran Pengadilan Agama (para hakimnya) harus dapat mengakomodir perkembangan sosial (*teori kausalitas, teori nasakh*). Hukum waris termasuk hukum mu’amalah, maka dapat dikembangkan (terbuka) sesuai dengan alasannya (teori ajaran non dasar, teori *ta’aqquli*). Orientasi penerapan hukum waris adalah keadllan dan pada tingkat penerapan di pengadilan itu yang dihadapi adalah ‘hukum kasus’. Dalam hukum kasus yang dihadapi pengadilan, yaitu kasus berbeda-beda dan nuansapun berbeda-beda pula, sehingga putusan berbeda pula (*teori ‘illat hukum, teori rasonalitas*). Dari teori-teori di atas sebagai pisau analisis dalam kasus ini, maka hukum kewarisan Islam yang dipandang *qath’i* atau *ta’abbudi* pada tingkat pelaksanaan (*tanfidz*) bisa *dhanni* atau *ma’qulqt al-ma’na* untuk mewujudkan keadilan sebagaimana yang dikehendaki *Al-Syari’.*

Kasus Posisi B: Latar belakang masalahnya sebagai berikut:[51] “Harta warisan Pewaris Islam, adapun anak-anak Pewaris terdiri beragama Islam dan non Islam”. Putusan Mahkamah Agung menyatakan: “Anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukann ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan (peninggalan) kedua orang tuanya almarhum berdasarkan *‘wasiat wajibah’*

yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Putusan Mahkamah Agung di atas seolah-olah berbeda dengan norma hukkum yang terdapat dalam al-Qur'an, Sunnah Nabi maupun dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Kesepakatan mayoritas ulama, mengatakan bahwa berlainan agama yang menjadi penghalang mewarisi adalah apabila antara ahli waris dan al- muwaris, salah satunya beragama Islam dan yang lain bukan Islam. Dasar hukum adalah QS. An-Nisa' (4): ayat 141 dinyatakan: *"Dan Allah sekali-kali tidak akan memberikan suatu jalan bagi orang-orang kafir (untuk menguasai orang-orang mukmin)"*. Demikian dalam *QS. Al-Maidah* (5): ayat 48 dinyatakan: *"Bagi tiap-tiap umat di antara kamu, Kami jadikan peraturan dan tata cara (sendiri-sendiri)"*. Demikian Imam Malik dan Ahmad mengemuakan pendapat bahwa perbedaan Agama yang sama-sama bukan Islam tetap menjadi penghalang mewarisi.[52] Dasar hukum lainnya, dinyatakan dalam Sunnah Nabi yang *mutafaq alaih* diriwayatkan oleh Imam Bukhari dan Muslim dinyatakan: *"Orang Islam tidak mewaris harta orang kafir, dan orang kafir tidak mewarisi harta orang Islam (mutafaq Alaih)"*. Dasar hukum dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) bahwa perbedaan Agama merupakan salah satu dari penghalang seorang untuk menjadi ahli waris, dinyatakandala Pasal 171 huruf (c): *"Ahli waris adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyyai hubunnggan darah, atau hubunggan perkawinan denggan Pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang oleh hukkum untuk menjadi ahli waris".*

51 *Putusan Pengadilan Agama Jakarta* Pusat No. 377/Pdt.G/19993/PA-JK tanggal 4 Nopember 193 M. Bertepatan dengan tanggal 19 Jumadil Awal 1414 H.. Jo. *Putusan Pengadilan Tingg Agama Jakarta* No. 14/Pdt.G/1994/PTA-JK, tangggal 25 Oktober 1994 M, bertepatan tanggal 20 Jumadil Awal 1415 H. Jo. *Putusan Mahkamah Agung RI* No. 368. K/AG/1995, tanggal 16 Juni 1998.

52 Ahmad rafiq, *Fiqh Mawaris,* Cet. Keempat, (Jakarta: PT. raja Gafindo Persada, 2002), hal. 38.

Dengan demikian dalam hubungan waris Islam, perbedaan agama merupakan salah satu dari penghalang seseorag untuk menjadi ahli waris. Dengan demikian non muslim tidak akan mendapat warisan sebagai ahli aris dari keluarga yang beragama Islam. Dalam kehidupan yang serba majemuk tidak tertutup kemungkinan dalam suatu keluarga terdiri dari anggota keluarga yang berbeda agamanya. Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam maka non muslim sebenarnya berhak mendapatkan bagian dari harta peninggalan dalam menggunakan konstruksi wasiat, atau

‘wasiat wajibah’ apabila yang meninggal tidak membuat wasiat untuk mereka. Konstruksi wasiat ini merupakan cara alternatif yang bertujuan melengkapi cara menyelesaikan waris bagi mereka yang tdak memperoleh bagian waris, tetapi mereka mempunyai hubungan kekerabatan dekat dengan Pewaris. *‘Illat* hukum memberikan wasiat ini adalah adanya faktor keadaan penerima wasiat, seperti untuk memperbaiki sistem atau keadaan ekonomi atas dasar kekerabatan, adanya faktor yuridis yang menghalanginya, tetapi di sisi lain dapat diupayakan, dan adannya faktor keadilan.

Adapun kasus posisinya sebagai berikut: Bahwa suatu keluarga muslim, terdiri dari suami-istri (ayah – ibu) dan 6 (ennam) anak-anaknya yang terdiri dari 5 anak beragama Islam dan satu anak yang ke 4 (empat) beragama non Islam (Nasrani). Dalam perkembangan selanjutnya, di samping ayah tersebut mempunyai 6 (en.am) orang anak kandung tersebut di atas, ia juga memilikii sejumlah harta kekayaan bawaan serta harta bersama.

Setelah semua anak menjadi dewasa ternyata ada seoranng anak kandungnya yang ke 4 (empat) meninggalkan agama Islam dan memeluk agama Nasrani. Sedangkan anak-anak lainnya tetap memeluk agama Islam seperti ayah ibunya. Beberapa bulan sebelum ayah meninggal dunia telah memanggil anaknya yang beragama non muslimah di atas untuk kembali lagi memeluk agama yang diikuti oleh keluarganya, yaitu agama Islam dan tenyatta anak yang ke 4 (empat) itu tetap pada pendiriannya memeluk agama Nasrani. Himbauan dan ajakan orang tuanya tersebut dihiraukan, dan tidak lama kemudian ayah meninggal dunia dan setahun kemudian ibu meninggal dinia juga.

Kedua orang tua memeluk agama Islam dengan meninggalkan harta warisan serta 6 (enam) anak kandung yang 5 (lima) anak beragama Islam

dan seorang anak beragama Nasrani. Harta warisan tersebut belum pernah diadakan pembagian waris kepada para ahli warisnya. Salah seorang anak almarhum sebagai Penggugat mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama kepada saudara kandungna dengan mendalilkan bahwa harta warisan almarhum ayah ibunya belum pernah diadakan pembagian waris. Berdasarkan persetujuan bersama, kecuali anak kandung yang ke 4 (non muslim) mereka menghendaki agar warisan tersebut dibagi menurut hukum Islam.

Penggugat berpendirian dalam gugatannya, bahwa salah seorang anak karena keluar dari agama Islam maka ia tidak berhak mewarisi

harta warisan kedua orang tuanya yang memeluk agama Islam. Dalam persidangan di Pengadilan Agama antara Penggugat dengan Tergugat hadir dalam persidangan dan memberikan jawaban membenarkan dalil gugatan Penggugat. Sedangkan turut Tergugat II, yaitu anak yang non muslim tidak bersedia hadir di persidangan Pengadilan Agama dan memberikan surat jawaban yang pada intinya, bahwa Pasal 1, 2 dan 3 Undang-undang no. 7 Tahun 1989 dinyatakan: Pengadilan Agama adalah forum pengadilan bagi orang-orang yang beragama Islam. Karena ia mengakui beragama Kristen, berkeberatan diadili oleh Pengadilan Agama yang bukan merupakan forum peradilan bagi yang beragama Kristen, seharusnya ke Pengadilan Negeri. Di samping itu ia berpendapat bahwa, diajukannya gugatan warisan ke Pengadilan Agama oleh saudara-saudaranya yang beragama Islam dengan makksud untuk mengucilkan/ melenyapkan hak warisnya selaku ahli waris almarhum ayah ibunya dan dalam masalah warisan ini terdapat sengketa sehingga Pasal 50 Undang-undang No. 7 Tahun 1989 dapat diterapkan dalam kasus sengketa ini, dan ia berpenderian Pengadilan Umum yang berwenang mengadili perkara ini, bukan Pengadilan Agama.

Penggugat berpendirian bahwa barang warisan tersebut belum pernah dibagi waris dan masih berstatus harta peninggalan dari orang tua yang beragama Islam, dengan menyebutkan Pasal 171 huruf (c), Jo. Pasal 175 dan Pasal 188 Kompilasi Hukum Islam (KHI) turut Tergugat II yang telah keluar dari agama Islam semasa ayah dan ibunya masih hidup adalah tidak berhak mendapatkan waris.

Majelis hakim Pengadilan Agama yang mengadili perkara gugatan warisan ini dalam putusannya memberikan pertimbangan hukum yang pada pokoknya sebagai berikut, bahwa turut Tergugat II meski tidak hadir dalam persidangan, namun ia memberikan surat jawaban tertulis yang pada intinya dapat disiimpulkan bahwa ia mengajukan eksepsi yang menyatakan keberatan atau menolak diadili oleh Pengadilan Agama atau dengan kata lain eksepsi ini bermaksud bahwa Pengadilan Agama tidak berkuasa mengadili perkara ini. Menurut majelis hakim Pengadilan Agama, sesuai dengan Pasal 1, 2 Jo. 49 Undang-undang No. 7 Tahun 1989, khususnya masalah kewarisan, maka personalitas keislaman ditentukan oleh agama yang dipeluk oleh Pewaris. Dalam perkara ini, ayah, ibu almarhum adalah sebagai Pewaris yang beragama Islam. Dengan demikian yang akan diterapkan dalam perkara ini adalah hukum Islam. Karena itu

sudah tepat, bila perkara ini diselesaikan oleh Pengadilan Agama Jakarta Pusat, maka eksepsi turut Tergugat II ditolak.

Dalam pokok perkara dipertimbangkan sebaai berikut, bahwa menunut Pasal 171 Kompilasi Hukum Islam (KHI) majelis Pengadilan Agama berpendapat bahwa turut Tergugat II yang bedagama Kristen, menurut hukum Islam bukanlah ahl waris dari ayah ibunya almarhum yang beragama Islam. Bahwa menurut Pasal 176 dan 80 Kompilasi Hukum Islam (KHI) ahli waris ayah ibu almarhum adalah anak kandung yang beragama Islam, dengan besarnya bagian maisng-masing serta memperhatikan firman Allah dalam al-Qur'an *Susar an-Nisa'* (59): 11 yang artinya: *"Allah mensyati'atkan bagimu tentang (pembagian warisan) anak-anakmu yaitu bagian seorang laki-laki sama dengan bagian dua anak perempuan ..."*, dan memperhatikan pula ayat 12 dalam surat yang sama, yaitu: *"Jika kamu mempunyai anak,, maka para istri memperoleh 1/8 (seperlapan) dari harta yang kamu tinggalkan, sesudah dipenuhi wasiat yang kamu buat dan atau sesudah dibayar utang-utangmu".*

Pengadilan Tinggi Agama berbeda dalam melihat kasus di atas yang telah diputus Pengadilan Agama. Oleh Karena turut Terguggat II yang beragama Nasrani menolak putusan Pengadilan Agama tersebut di atas yang menyatakan anak yang beragama non Islam bukan ahli waris orang tua kandungnya yang beragama Islam dan tidak berhak memperoleh bagian.

Selanjutnya turut Tergugat II yang beragama Nasrani banding ke Pengadilan Tinggi Agama. Majeliis hakim banding dalam putusannya memberikan pertimbangan sebagai berikut, bahwa sepanjang mengenai penolakan eksepsi turut Tergugat II, sepanjang obyek harta yang dipersengketakan, sepanjang ahli waris yang dianggap sah, pertimbangan Pengadilan Agama telah benar dan tepat, sehingga diambil alih oleh Pengadilan Tinggi Agama dan dianggap seperti pertimbangan Pengadilan Tinggi Agama sendiri. Akan tetapi, pertimbangan Pengadilan Agama mengenai siapa yang bisa memperoleh bagian harta peninggalan dari Pewaris, maka Pengadilan Tinggi Agama tidak sependapat, sehingga Pengadilan Tinggi Agama perlu memberi pertimbangan sendiri, di mana turut Tergugat II (anak non muslim) juga bisa memperoleh bagian dari harta waris yang ditinggalkan oleh Pewaris. Dengan demikan putusan Pengadilan Agama yang menyatakan bahwa yang mendapatkan bagian dari harta peninggalan Pewaris adalah hanya anak yang beragama Islam saja tidak bisa dipertahankan.

Adapun anak non muslim mendapat bagian sebesar ¾ (tiga seperempat) bagian dari bagian anak perempuan berdasarkan *'wasiat wajibah'*. Akibatnya majelis Pengadilan Tnggi Agama Jakarta yang amarnya pada pokoknya sebagai berikut: Mengadili, membatalkan putusan Pengadilan Agama Jakarta dan mengadili sendiri, dalam eksepsi menolak eksepsi turut Tergugat II (anak yang non muslim) dan dalam pokok perkara mengabulkan gugatan sebagian, mengabulkan ahli waris sah dari almarhum adalah anak-anaknya yang beragama Islam. Sedangka anak yang non muslim berhak mendapatkan bagian harta peninggalan almarhum berdasarkan *'wasiat wajibah'* sebesar ¾ (tiga perempat) bagian seorang anakk perempuan ahli waris almarhum.

Adapun Mahkamah Agung rI melihat kasus di atas berbeda sudut pandangnya dibanding putusan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama. Penggugat dan Tergugat menolak putusan Pengadilan Tinggi Agama di atas dan mengajukan pemeriksaan kasasi dengan mengemukakan beberapa keberatan dalam memori kasasinya. Semua keberatan kasasi yang diajukannya oleh Pemohon kasasi dinyatakan tidak dapat dibenarkan oleh majelis Mahkamah Agung yang karena keberatan tersebut mengenai penilaian hasil pembuktian yang bersifat penghargaan tentang suatu kenyataan, yang tidak dapat dipertimbangkan dalam pemeriksaan kasasi.

Namun demikian menurut majelis Mahkamah Agung, amar putusan Pengadilan Tinggi Agama harus diperbaiki, karena bagian *'wasiat wajibah'* untukk tergugat II (anak non muslim) seharusnya adalah sama dengan bagian warisan anak perempuan.

Dari putusan Mahkamah Agung tersebut dapat disimpulkan, bahwa suatu keluarga muslim (suami-istri) dalam perkawinannya telah melahirkan 6 (enam) orang anak kandung, lelaki dan perempuan. Lima orang anak tetap muslim dan seorang anak perempuan keluar dari agama Islam dan memeluk agama Nasrani. Kedua orang tuanya berurutan wafat, dengan meninggalkan harta warisan, yang kemudian melalui suatu putusan Pengadilan Agama, harta peninggalan tersebut dibagi menurut hukum waris Islam. Lima orang anak yang muslim, ditetapkan sebagai ahli waris dari ayahnya maupun dari ibunya almarhum dan masing-masing anak memperoleh bagian dari harta warisan kedua orang tuanya tersebut. Bagian anak laki-laki adalah dua bagian anak perempuan. Sedangkan anak kandung perempuan yang beragama non Islam (nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan (peninggalan) dari kedua orang tuanya almarhum

berdasarkan *'wasiat wajibah'* yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan ahli waris ayah dan ibunya almarhum.

Dalam konsepsi hukum waris Islam perbedaan agama antara Pewaris dengan Ahli Pewaris. Demikian juga dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 171 huruf (c) yang dinyatakan: *"Ahli waris adalah orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris".*

Dasar alasan pengharaman kewarisan beda agama karea adanya *Hadits mutafaq alaih* yang dinyatakan: *"orang muslim tidak berhak waris orang kafir dan sebaliknaya orang kafir tidak berhak waris atas harta orang kafir"*. Di dalam al-Qur'an telah mendiskripsikan terhadap pengakuan kebebasan dan pluralisme agama. Al-Qur'an menekankan *freedom of relegion* and *belief tolerans* dan *respect* terhadap agama-agama lain menjadi penekanan ajaran al-Qur'an.

Al-Qur'an mengajarkan paham kemajemukan keagamaan (*religious plurality*). Ajaran tersebut tidak perlu diartikan secara langsung pengakuan

akan kebenaran semua agama dalam bentuk yang nyata dalam kehidupan sehari-hari ajaran kemajemukan keagamaan itu menandakan pengertian dasar bahwa semua agama diberi kebebasan untuk hidup, dengan resiko yang akan ditanggung oleh pengikut agama masing-masing. Adapun prinsip-prinsip yang ditawarkan al-Qur'an dalam hubungan antara umat beragama yang mendasar paling tidak ada tiga prinsip pikok yang dijadikan acuan dalam membina hubungan antara muslim dengan non muslim, yaitu kerukunan tauhid, persaudaraan, keadilan dan perdamaian.

Setiap orang diberi hak bebas pilih untuk menganut agama tertentu atau menolak agama tertentu. Islam sama sekali tidak membenarkan pemaksaan seseorang untuk memeluk suatu agama. Meskipun al-Qur'an mengajarkan umat Islam untuk bersikap toletan terhadap umat lain, tetapi dalam kaitan dengan keimanan, al-Qur'an bersikap tegas kepada mereka. Sesuai dengan salah satu misinya tentang ajaran tauhid, maka al-Qur'an tidak ada kompromi dalam hal ini.

Salah satu kelanjutan logis dari prinsip dasar kemurnian tauhid adalah paham kesamaan dan persaudaraan di antara manusia. Yakni bahwa seluruh umat tanpa membedakan keturunan dan agama dari hakikat dan martabat asasinya adalah sama. Manusia memiliki kemuliaan yang dianugerahkan

Tuhan dari latar belaang etnik, agama dan politik mereka, yaitu kemuliaan individu, yang berarti Islam melindungi aspek-aspek kehidupan manusia baik aspek spiritual maupun aspek materiil. Kemuliaan kolektif, yang berarti Islam menjamin sepenuhnya persamaan antara individu, dan kemuliaan secara politis, yang berarti Islam memberi hak poliitiis pada individu untuk memilih atau dipilih pada posisi politik.

Kemurnian tauhid   yang berdampak pada paham kesamaan dan persaudaraan di antara manusia, maka secara otomatis akan terefleksi pada kehidupan manusia menuju terwujugnya perdamaian abadi. risalah Islam merupakan rahmat bagi seluruh umat manusia. Menurut al-Qur'an tidak ada kontradiksi antara *ukhuwah diniyah* di kalangan orang-orang mukmin dengan *ukhuwah insaniyah* secara umum, karena keduanya merupakan jalan searah tujuannya.

Persaudaraan seagama menuntut adanya saling keterkaitan, tolong menolong dan rela berkorban untuk membangun struktur masyarakat

muslim dan mencegah adat istiadat yang menyimpang dari esensi Islam, posisii dan kedudukannya. Adapun *ukhuwah insaniyah* menuntut langkah dan tindakan sungguh-sungguh demi kepentingan kemaslahatan umat manusia, menyelamatkan dari keinginan yang menyimpang dan berpaling dari tindakan sia-sia serta melumpuhkan hawa nafsu juga mengatur persahabatan manusia serta menanamkan rasa cinta kasih dan kebajikan kepada sesama.

Oleh karena itu al-Qur'an menandaskan keberagaman manusia terjadi karena memang kehendak Alllah agar satu dengan yang lain saling berlomba dalam kebajikan. Allah berfirman: *" Wahai manusia, (sesungguhnya Kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan), dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling mengenal".*

Dari argumenttasi di atas, melihat pada prinsip-prinsiip hubungan muslim dengan non muslim, apabila dalam satu keluarga dekat, maka kehiduppan saling tolong menolong dan saling membantu sudah pasti merupakan suatu kebutuhan. Saling mewarisi antara Pewaris dengan ahli waris (muslim dengan non muslim) merupakan alat penghubung untuk mempertemukan ahli waris dengan orang yang mewariskan disebabkan adanya kekuasaan perwalian dan adanya jalinan tolong menolong serta saling membantu.

Dengan melihat *QS. An-Nisa'* (59): ayat 135 dinyatakan: *" Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapak dan kaum kerabatmu. Jika ia (orang-orang tergugat atau terdakwa) kaya atau miskin, maka Allah lebih tahu kemaslahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu, karena ingin menyimpang dari kebenaran, dan jika kamu memutar balikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, maka sesungguhnya Allah adalah Maha Mengetahui apa saja yang kamu kerjakan".*

Demikian dalam *Surat an-Naml* (16): ayat 90 yang dinyatakan: *"Sesungguhnya Alllah menyuruh (kamu) berbuat adil dan berbuat kebajikan, memberi kepada kaum kerabat dan Allah melarang berbuat keji, kemungkaran dan permusuhan, Dia memberi pengajaran kepadamu agar kamu dapat mengambil pelajaran"*. Serta *Surat al-Maidah* (5): ayat 8

dinyatakan: *"Hai orang-orang yang beriman, hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil, dan janganlah kamu sekali-kali kebencianmu kepada kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil, berlaku adillah karena adil itu lebih dekat kepada tawqa, dan bertaqwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan".*

Dari al-Quran, ayat-ayat tersebut di atas setiap mukmin diharuskan untuk menebarkan sikap damai dan berlaku adil terhadap sesama muslim maupun non muslim. Kewajiban ini berlaku terus sepanjang mereka tidak mengganggu dan memusuhi umat Islam, bahkan berbuat yang demikian itu terhadap golongan yang dibenci sekalipun. Demikian diinyatakan dalam Surat *al-Mumtahanah* (60): ayat 8 dinyatakan: *" Allah tidak melarang kamu untuk berbuat baik dan berlaku adil terhadap orang-orang yang tiada memerangimu karena agama dan (tidak) pula mengusir kamu dari negerimu, dan berlaku adil terhadap mereka, sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang berbuat adil".*

Al-Qurtubi menafsirkan,[53] *"wa tuqsitu ilaihim"* (dan berlaku adil terhadap mereka), mengemukakan bahwa ayat tersebut juga dapat ditafsirkan sebagai memberi belanja (*infaq*) terhadap orang non muslim yang wajib diberi nafkah oleh keluarga yang muslim. Menurutnyya, perbedaan agama tidak menjadi penghalang hak mereka untuk mendapatkan nafkah tersebut.

Dari pemahaman terhadap tafsir di atas maka anggota keluarga non muslim sangat mungkin untuk mendapat bagian harta peninggalan, meskipun bukan dengan konstruksi waris, karena mereka bukan merupakan ahli waris. Lembaga yang memungkinkan adalah dengan jalan"wasiat" atau *"wasiat wajibah"* apabila Pewaris tidak meninggalkan wasiat untuknya. Di samping alasan adil di atas, juga dapat didasarkan pada *QS. Al-Baqarah* (2): ayat 180 dinyatakan: *"Diwajibkan atas kamu, apabila seorang di antara kamu kedatangan (tanda-tanda) maut, jika ia meninggalkan harta yang banyak, berwasiat untuk ibu bapak dan karib kerabatnya secara ma'ruf,(ini adalah) kewajiban atas orang-orang yang taqwa".*

53 Suwardi, *Aktualisasi Hukum Islam dan Pluralisme Agama*, Tesis, (Semarang: Magister Ilmu Hukum Unissula, 2006), hal. 107.

Dalam menafsirkan ayat di atas menekankan pada 4 (empat) hal, yaitu: (1) kewajiban berwasiat, (2) jumlah harta yang dimiliki untuk mewajibkan wasiat tersebut, (3) keluarga yang berhak menerima wasiat, dan (4) waktu wasiat. Secara hukum wasiat di atas, ditujukan kepada ibu bapak dan karib kerabat secara umum yang berlaku setelah orang yang berwasiat meninggal dunia. Menurut al-Qurtubi, secara khusus ayat ini mewajibkan untuk berwasiat bagi orang tua dan kerabat yang bukan ahli waris, seperti apabila mereka non muslim (kafir).[54]

Apabila dibaca dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) bahwa *"wasiat wajibah"* itu hanya terkait dengan anak angkat dan bapak angkat, dan tidak menyinggung terhadap suami istri, anak atau siapapun kerabat dekat yang terhalang sebagai ahli waris karena perbedaan agama. Sehingga sangat memungkinkan bagi seorang yang tidak memikirkan kerabatnya yang lain agama. Menurut hukum Islam, pelaksanaan wasiat harus didahulukan dari pelaksanaan warisan dengan memperhatikan batasan-batasannya. Pada dasarnya membuat wasiat itu merupakan perbuatan *ikhtiyariyah*, yakni seorang bebas berbuat atau tidak berbuat wasiat. Akan tetapi sebagian ulama berpendapat, bahwa kebebasan itu hanya akan berlaku bagi orang-orang yang bukan kerabat dekat. Adapun mereka yang merupakan kerabat dekat dan tidak mendapatkan warisan, maka seorang wajib membuat wasiat.

Dengan memperhatikan kondisi hubungan antara umat beragama dan semakin besarnya kesadaran hak asasi manusia, maka konstruksi wasiat merupakan cara penyelesaian alternatif yang bertujuan melengkapi cara penyelesaian waris bagi mereka yang tidak memperoleh bagian waris

padahal mempunyai hubungan kekerabatan atau kekeluargaan dekat dengan yang meninggal. Yakni untuk berbuat kebajikan dengan bersedekah dan menjadikan harta itu beredar pada lingkungan yang lebih luas. Sehingga nuansa keadilan hukum Islam dapat dirasakan oleh mereka non muslim, meskipun tidak berkedudukan sebagai ahli waris, tetapi mereka tetap mendapat bagian harta peninggalan dari keluarga yang meninggal.

Wasiat merupakan peristiwa hukum dalam bentuk perikatan sepihak, maka niat dan hasrat yang tulus menjadi esensi pelaksanaan wasiat sesuai dengan tujuan hukum Islam yakni dengan memperhatikan segi kemaslahatan

54 *Ibid.,* hal. 108.

dan kemanfaatan bagi penerima wasiat, sehingga benar-benar mempunyai nilai ibadah baginya. *'Illat* hukum pelaksanaan wasiat adalah adanya faktor keadaan penerima, seperti untuk memperbaiki sistem ekonomi atas dasar kekerabatan, adanya faktor yuridis yang menghalanginya, tetapi di sisi lain dapat diupayakan dan adanya faktor keadilan. Oleh karena itu merupakan tindakan yang makruf apabila pelaksanaan wasiat kepada karib kerabat yang membutuhkan yang berorientasi kepada nilai-nilai kemanusiaan, kemanfaatan dan kemaslahatan (teori maslahat) sangat perlu direalisasikan dalam kehidupan masyarakat yang pluralis keberagamannya.

Pengembangan hukum Islam tidak dapat dilepaskan dari faktor lingkungan di mana hukum Islam itu beroperasional, dengan melihat faktor sosial dan budaya serta alasan (*'illat*) yang mempengaruhi terbentuknya hukum Islam itu. Dalam hal ini Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam bidang hukum waris tetap harus dikembangkan dengan *"tahrij al-ahkam 'ala nashil qanun"* (pengembangan teks unndang-undang) dengan memperhatikan keadaan sosial masyarakat dan dalam hal yang demikian sangat dimungkinkan dalam hukum Islam yang bertujuan untuk kemaslahatan dan sekaligus meniadakan kesulitan bagi kehidupan manusia dan nilai-nilai kemanusiaannya.

Dari kasus posisi di atas dengan menggunakan kerangka teori sebagai pisau analisis, yaitu: "teori penemuan hukum", bahwa hukum waris Islam yang dipandang *qath'i* pada tingkatan pelaksanaan *(tanfidz)* bisa menjadi *dhanni*. Mengapa demikian., karena hukum waris termasuk hukum mu'amalah ("teori ajaran non dasar"). Asas hukum mu'amalah adalah terbuka untuk dikembangkan asal tidak bertentangan dengan nilai-nilai Islam. Ia bersifat *ta'aqqul*i dan *ma'qulat al'ma'na* (dapat dilacak secara rasional dengan menggakan akal sehhat ("teori rasional"). Kemudian yang dikehendaki atau

dituju oleh hukum waris Islam adalah keadilan (“teori keadilan”), maka pendekatan yang harus digunakan adalah pendekatan substansial dengan memalingkan *teks* ke *konteks*, dari arti *hakiki* ke *majazi* (*“teori ta’wil”*). Apalagi situasi sosial, ekonomi sekarang terjadi perubahan yang berbeda pada zaman diturunkannya al-Qur’an, maka perlu dinamisasi pemahaman (*“teori nasakh” dan “teori ‘illat hukum”*).

Metode Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Hakim secara etimologi merupakan kaa serapan dari bahasa Arab, yaitu ‘hakama’, yang berarti orang yang memberi putusan atau diistilahkan dengan qadli, yakni orang yang mengadili perkara di pengadilan. Sdangkan hakim Pengadilan Agama pejaat yang melaukan tugas kekuasaan pengadilan. Adapun yang dimakksud Pengadilan Agama adalah salah satu kekuasaan kehakiman bagi rakyat ppencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara tertentu. Secara ideal tugas hakim sebagai penegak hukum dan keadilan, tidak dapat dipisahkan dengan kekuasaan kehakiman, yaitu kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukkum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya negara hukum republik Indonesia.

Dalam rangka menegakkan hukum dan keadilan, maka tugas pokok hakim Peradilan Agama, yaitu berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara ditingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang perawinan, waris wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, sadaqah dan ekonomi syari’ah. Melihat landasan normatif tugas hakim di atas, maka tugas pokok hakim terletak pada kata kunci, yaitu menegakkan “hukum dan keadilan’ sebagai tugas dan kewajiibannya. Seorang hakim dalam membuat putusan harus tetap berpijak dan berada pada koridor hukum. Sdangkan keadilan merupakan implikasi dari adanya penegakan hukum ersebut. Seorang hakim dala melakukan tugasnya tidak boleh bersikap diskriminatif Dengan adanya penegakan hukum tersebut berarti secara otomatis menegakkan keadilan, karena hakikat yang utama dari hukum adalah keadilan.

Dalam proses mengadili, melalui pemeriksaan dan emutus perkara, hakim wajib berpedoman pada hukum formil (keadilan prosedural) dan hukum materiil (keadilan substantif). Penguasaan materi hukum oleh hakim mutlak diperlukan sebagai alat yang berorientasi pada pertimbangan legal

justice, moral justice dan social justice, di samping harus sinkron dengan tingkah laku yang jujur, adil dan bermoralitas.

Mengadil menurut hukum, artinya merupakan suatu asas untuk memujudkan negara berdasarkan atas hukum. Setiap putusan hakim harus mempunyai dasar hukum bai yanng prosedural maupun yang substantif, dan di sini hukum harus diartikan secara luas, baik dalam pengertian tertuls maupun tidak tertulis. Hukum yang hidup dalam masyarakat dapat

dijadikan pertimbangan dalam putusan hakim, walaupun begitu hakim wajib mengutamakan penerapan hukum tertulis, kecuali kalau akan menimbulkan ketidak adilan, bertentangan dengan kesusilaan dan atau ketertiban umum.[55] Memang pada umumnya orang menganggap bahwa undang-unndang pada umumnya dianggap lengkap untuk melayani segala macam permasalahan hukum baik menurut bunyi kata-kata maupun secara penafsiran hakim harus memutus menurut undang-undang, namun apabila ternyata dalam undang-undang tidak dapat ditemukan hukumnya, maka hakim berkewajiban mengambl putusan dengan jalan menciptakan hukum sebagai pembentuk undang-undang.

Dari dua kasus posisi di atas, yang isi putusan Mahkamah Agung rI dalam kasus pertama, yaitu Pewaris hanya meninggalkan satu anak perempuan (ahli waris), yang menghijab saudara kandung laki-laki Pewaris dan ia (anak perempuan pewaris tersebut) mendapatkan seluruh harta warisan dari ayahnya (Pewaris). Kasus kedua, yaitu harta warisan Pewaris Muslim, adapun anak-anak Pewaris terdiri beragama Islam dan non Islam. Putusan Mahkamah Agung menyatakan: “anak kandung perempuan yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan kedua orang tuanya almarhum berdasarkan “wasiat wajibah” yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Putusan Mahkamah Agung di atas, dalam kasus pertama seolah-olah bertentangan dengan Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dinyatakan, bahwa anak perempuan bila hanya seorang ia mendapat separoh bagian ... (Pasal 176). Pada kasus kedua bertentangan juga dengan Kompillasi Hukum Islam (KHI) yang dinyatakan, bahwa: “ahli waris adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan Pewaris beragama Islam ...” (Pasal 171 huruf (c).

Adapun pertimbangan Mahkamah Agung pada kasus pertama, yaitu: selama masih ada anak laki-laki maupun perempuan, maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris kecuali orang tua, suami dan istri menjad tertutup (terhijab). Bahwa pendapat ini

55 Hasil Wawancara dengan Bagir Manan, Mantan Ketua Mahkamah Agung RI di Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang, pada Tanggal 10 Januari 2010.

sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata "walad" pada ayat 176 Sura an-Nisa', yang berpendapat pengertiannya mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan. Dengan demikian maka seorang saudara laki-laki kandung Pewaris menjadi tertutup atau terhijab (terhalang) oleh anak perempuan Pewaris untuk mendapatkan warisan.

Adapun pertimbangan Mahkamah Agung pada kasus kedua, yaitu: bahwa anak kandung perempuan yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris dari Pewaris yang beragama Islam, namun ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan dari kedua orang tuanya almarhum berdasarkan "wasiat wajibah" yang bbagiannya sama dengan bagian anak perempuan ahli waris almarhum ayah dan ibunya. Hal ini berbeda dengan putusan Pengadilan Tnggi Agama yang memutuskan bahwa, anak perempuan yang non muslim berhak mendapatkan harta warisan almarhum bapak dan ibunya berdasarkan 'wasiat wajibah' sebesar ¾ (tiga perempat) bagian seorang anak perempuan ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Melihat kasus posisi di atas terdapat perbedaan antara norma hukum yang terrdapat dalam undang-undang dengan norma hukum yang terdapat dalam putusan antara Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama dan Mahkamah Agung sebagai pucuk pemberian putusan hukum dan keadilan mengenai sengketa hukum kewarisan Islam. Memang hal yang demikan itu dimungkinkan, karena di antara watak hukum Islam adalah harakah atau dinamis, di mana hukum Islam itu mempunyai kemampuan untuk berberak dan berkembang, memiliki daya hidup dan dapat pula membentuk diri sesuai dengan perkembangan zaman.

Dalam perkembangan dinamika itu, hukum Islam mempunyai kaidah asasi yang merupakan sumber hukkum Islam ketiga, yaitu: al-ra'yu (pemikiran) dengan metode ijtihad yang dapat menjawab segala tantangan zaman dan dapat memenuhi harapan dengan tetap memelihara "ruh Islam" dan

hukkum Islam yang tidak dapat dilepaskan dengan 'maqashid al-syari'ah', bahwa Islam dan hukum Islam itu pasti menciptakan ' jalbu al-mashalaih wa dar'u al-mafasid' (mendatangkan kebaikan dan menolak kebrukan) dan ujung-ujungnya memberikan keadilan.

Tugas utama hakim Pengadilan Agama adalah menerima, memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan kepadanya. Pengadilan tidak boleh menolak suatu perkara dengan dalih tidak ada aturan hukum yang mengaturnya. Berdasarkan hal tersebut, maka mempnyai makna penting sekali peranan hakim Peradilan Agama. Dari hasiil penelitian dan analisis dapat dikemukakan bahwa hakim mempunyai peranan penting untuk melakukan ijjtihad dalam rangka mengembangkan hukum materiil Peradilan Agama yang tterdapat dalam Kompilasi Huukum Islam (KHI) khusus bab II tentang Hukum Kewarisan, dengan cara menggali nilai-nilai hukum Islam yang hidup di masyarakat, sehingga putusan yang dijatuhkan bisa memenuhi rasa keadilam masuarakat.

Wujud penembangan hukum kewarisan dalam Komplasi Hukum Islam ((KHI) di antaranya berupa terobosan bahwa anak perempuan kandung Pewaris dapat memahjub saudara laki-laki kandung Pewaris serta terobosan memberikan memberikan bagian warisan kepada anak non muslim yang selama ini belum pernah dilakukan atau dienal dalam praktek di lingkungan Peradilan Agama karena seakan-akan bertentangan dengan al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Metode ijtihad hakim Peradilan Agama dalam memutuskan kasus posisi di atastidak dapat dilepaskan dengan "teori maqashid al-syari'ah", dengan metode "istihsan", dan "maslahat". Di samping berkaitan dengan tugas hakim adalah memutus perkara yang diajukan kepadanya, maka ia mengaplikasikan atau menerapkan hukum pada kasus-kasus tertentu, maka bentuk ijtihadnya adalah 'ijtihad tatbiqi' di samping 'ijtihad istimbati'.

Ijtihad mengandung arti mencurahkan kemampuan atau upaya sungguh-sungguh dalam memecahkan persoalan yang berat dan sulit baik secara hissi (pisik) maupun maknawi (non pisik). Kalau ijtihad itu dikaitkan dengan persoalan hukum (Islam) maka didapatkan pengertian, yaitu: memncurahkan emampuan untuk mendapatkan hukum syara' yang bersifat operasional, amali melalui istimbath (penggalian) hukum. Adapun berkaitan dengan kasus ini, bahwa hakim Peradilan Agama malakukan ijtihad dalam rangka memberi penjelasan dan penafsiran

terhadap nash (teks ayat) dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam upaya mengembangkan teks (tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun) untuk mencapai

maqashid al-syari'ah, yaitu keadilan (aspek filosofis) dan kemanfaatan (aspek sosiologis).

Maqashid al-syari'ah dapat diartikan tujuan hukum Islam. Tujuan hukum yang diturunkan Allah SWT., yaitu kemaslahatan umat manusia. Bagaimana kandungan hukum Allah itu dapat diekpresikan dengan aspirasi hukum manusia yang manusiawi. Bahwa kandungan maqashid al-syari'ah adalah kemaslahatan. Kemaslahatan itu melalui analisis maqashid al-syari'ah tidak hanya dilihat dalam arti teknis belaka, akan tetapi dalam upaya dinamka dan pengembangan hukum dilihat sebagai suatu yang mengandung nilai filosofis dari hukum-hukum yang disyari'atkan Allah terhadap manusia.[56]

Bertitik tolak dari obyek ijtihad yang dilakukan oleh hakim Peradilan Agama dalam memutus kasus di atas, terdappat dua corak penalaran dalam upaya penerapan maqashid al-syar'ah, yaitu corak penalaran ta'lili dama bentuk istihsan dan corak penalaran ta'lili dalam bentuj istislahi. Corak penalaran ta'lili merupakan upaya penggalian hukum yang bertumpu pada penentuan 'illah-'illah hukum yang terdapat dalam suatu nash. Perkembangan corak penaralan ta'lili ini didukung oleh suatukenyataan bahwa nash al-Qur'an maupun as-Sunnah dalam penuturannya dalam suatu hukum sebagan diiringi dengan penyebutan 'illah-'illah hukumnya*. Atas dasar 'illah* yang terkandung dalam suatu nash, permasalahan-permmasalahan hukum yang muncul diupayakan pemecahannya melalui penalaran terhadap 'illah yang ada dalam nash tersebut. Adapun corak penalaran istislahi merupakan upaya penggalian hukum yang bertumpu pada prinsip-prinsip kemaslahatan yang disimpulkan dari al-Qur'an dan as-Sunnah.

Melihat bahwa putusan Mahkamah Agung dalam kasus posisi di atas, seakan-akan merupakan penyimpangan terhadap norma hukum yang terdapat dalam al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI), di mana anak perempuan Pewaris dapat memahjub saudara lak-laki kandung Pewaris dan anak non muslim Pewaris yang beragama Islam tetap mendapatkan bagian warisan dengan wasiat wajibah, maka metode istimbath hukum yang diguakan oleh Mahkamah Agung adalah penerapan maqqashid al-syari'ah dengan corak penalaran ta'lili dengan metode istihsan. Arti kata iistihsan adalah menganggap baik terhadap sesuatu. Menurut Aabdul

56 Asfari Jaya Bakti, *Op. Cit.,* hal. 96.

Wahab Khallaf, istihsan adalah pindahnya pemikiran seorang mujtahid dari ketentuan qiyas jali (jelas) kepada qiyas khafi (kurang jelas) atau dalil kulli (umum) kepada ketentuan hukum takhsis (khusus) atas dasar adanya dalil yang menungkinkan perpindahan itu.[57]

Terdapat hubungan istihsan dengan maqashid al-syariah, di mana maqashid al-syari'ah merupakan pertimbangan yang menentukan dalam metode istihsan, yang merupakan tahsis terhadap dalil yang sifatnya umum, juga secara metodologis merupakan alternatif pemecahan permasalahan yang tidak dapat dilakukan pemecahan-pemecahan dengan metode yang lain. Metode istihsan harus diorientakan kepada usaha mewujudkan maqashid al-syari'ah serta memperhitungkan dampak positif dan negatif dari penerapan suatu huum, yang disebut " 'al-nazar fi al-ma'alat".

Di samping itu metode istimbath hukum yang digunakan oleh Mahkamah Agung dalam memutus kasus posiisi di atas, menggunakan corak penalaran istislahi dengan metode maslahat. Urgensi pertimbangan maqashid al-syari'ah dengan corak penalaran istislahi dengan metode maslahat dalam kasus di atas, bahwa anak perempua Pewaris memahjib saudara laki-laki kandung Pewaris, karena faktanya bahwa kehidupan sekarang menuju keluarga inti yang hanya terdiri dari suami, istri, anak-anak dan ayah serta ibu. Tidak saling melindungi dan menanggung beban ekonomi antara paman dengan keponakan sehingga wajar apa bila hanya ada anak (laki-laki atau perempuan) maka ia mendapat harta warisan Pewaris seluruhnya. Demikian anak yang non muslim, dengan alasan "watuqsitu ilaihim" (dan berlaku adil kepada mereka) berrarti memberikan (qistan) dari kekayaan kepada mereka (yang non muslim) dalam rangka, menjaga hubungan baik, dan inilah yang disebut maslahat.

Maslahat dalam pengertian istilah adalah manfaat yang dikemukakan oleh Syari' dalam menetapkan hukum untuk hambahh-Nya. Urgensi kemaslahatan terdapat dalam semua bentuk hukum, baik hukum-hukum yang berdasarkan atas wahyu maupun hukum yang dicipta oleh manusia berdasarkan siyasah syar'iyyah, sebab setiap kemaslahatan yang tidak ditunjukkan oleh nash secarakhusus, akan teapi hal itu sesuai atau tidak bertentangan dengan ruh syari'at, maka maslaha seperti itu dapat menjadii dasarr hukum. Di sini peran

57 Abd. Wahab Khallaf, Ilm Ushul Fikih, (Kairo: Dar al-Kuwaitiyah, 1968), hal. 79.

maslahat mempertimbangkan menariik kebaikan dan menolak kerusakan dalam kehiduppan masyarakat.

Proses bekerjanya ijtihad hakim Peradilan Agama dalam memutus kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan dari dua bentuk ijtihad, yaitu: ijtihad istimbati dan ijtihad tatbiqi. Dalam ijtihad istimbati, terkandung upaya untuk meneliti 'illah yang dikandung olen nash, sedangkan dalam ijtihad tatbiqi berupa upaya untuk meneliti suatu masalah di mana hukum hendak diidentifikasikan dan dierapkansesuai dengan ide yang dikandung oleh nash dengan memfokuskan upaya mengkaitkan kasus-kasus yang muncul dengan kandungan makna yang ada dalam nash, dan ijtihad yang kedua ini disebut: "tahqiq al-manat"

Dalam ijtihad istimbati mekanismenya adalah bahwa seorang hakim memfokuskan perhatiannya pada penggalian ide-ide yang terkandung dalam nash secara abstrak, sedangkan dalam ijtihad tatbiqi seorang hakim berupaya untuk menerapkan ide-ide yang abstrak kepada permasalahan-permasalahan hukum atau kasus-kasus yang kongkret. Jadi obyek kajian ijtihad istimbati adalah nash, sedangkan obyek kajian ijtihad tatbiqi adalah manusia sebagai pelaku hukum dengan dinamika perubahan dan perkembangan yang dialaminya atau disebut sebagai upaya sosiolisasi dan penerapan ide-ide nash pada kehidupan manusia yang senantiasa berkembang dan berubah sampai akhir zaman.

Antara ijtihad istimbati dengan ijtihad tatbiqi berkaitandengan fungsi hakim Peradilan Agama untuk memutus perkara yang diajukan kepadanya, kedua ijtihad tersebut saling berkaitan dan memiliki hubungan yang saling berkaitan dan memiliki hubungan yang saling memerlukan. Tidak mungkin melakukan ijthad tatbiqi sebelum melakukan ijtihad istimbati dengan mengidentifiasi dan mengetahui permaalahan hukum (kasus kkejadian) yang sesungguhnya, baru hakim melakukan iijtihad istimbati apa dasar hukum atau hukum yang pas atas kejadian atau kasus tesebut, disamping mengetahui tentang esensi dan ide umum suatu undang-undang atau nash, tetap menjadi tolok ukur dalam penerapanhukum. Kekeliruan dalam menetapkan ide ayat akan melahirkan kekeliruan pula dalam menilai masalah baru dan penerapan hukumnya.

Mekanisme keterkaitan antara ijtihad istimbati dengan ijtihad tatbiqi dapat dilihat dalam kasus posisi di atas, bahwa dalam al-Qur'an sudah sangat

jelas, bahwa apabila hanya ada satu anak perempan saja maka ia mendapat separoh (dari harta ayah /Pewaris). Demikian juga anak non muslim tidak

dapat mewarisi harta warisan Pewaris. Dalam al-Qur’an mmaupun dalam as-Sunnah serta dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) memang demikian aturan atau norma hukumnya.

Ayat al-Qur’an,, as-Sunnah dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) di atas menunjukkan norma hukum bahwa anak perempuan Pewaris tidak dapat memahjub saudara kandung laki-laki Pewaris, demikian anak non muslim terhalangi untuk mendapatkan warisan dari Pewaris yang muslim, upaya mengetahui kreteria norma hukkum itu disebut ijtihad istimbati. Pada tahap berikutnya seorang hakim Peradilan Agama harus meneliiti apa ide norma hukum yang ada dalam al-Qur’an, as-Sunnah dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) itu, sesudah ditemukan ide dasarnya, maka tahap berikutnya hakim Peradilan Agama mengaplikasikan ide itu, lalu seterusnya mengadakan analisis apakah ide norma hukum di atas itu sesuai atau tidak sesuai dengan kasus kejadian yang dikehendaki al-Qur’an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) itu, dan itulah yang disebut ijtihad tatbiqi.

Apabila dipahami lebih jauh mekanisme ijtihad dengan contoh di atas bahwa ijtihad istimbati mempunyai kaitan yang tidak dapat dipisahkan dengan keharusan memahami mmaqashid al-syari’ah, karena ijtihad istimbati tersebut mmerupakan upaya menggali ide-ide hukum yang terkandung dalam nash, lalu diterapkan ide hukum di atas dengan menggunakan ijtihad tatbiqi, kedua ijtihad tersebut dapat berjalan dengan baik apabila hal ini para hakim Peradilan Agama dapat memahami maqashid al-syari’ah dengan baik pula.

Pengetahuan dan pemahaman maqashid al-syari’ah merupakan aspek penting dalam melakukan ijtihad. Orang yang berhenti pada zahir ayat atau pendekatan harfiyah dan mengabaikan maksud-maksud pensyari’atan hukum akan dihadapkan kepada kekeliruan dan berijtihad dengan menggunakan metode maqashid al-syari’ah menjadi kunci keberhasilan haik Peradilan Agama dalam berijtihad putusannya, karena kepada landasan tujuan hukum. Itulah setiap persoalan dalam kehidupan manusia dikembalikan.

Adapun terhadap masalah-masalah baru yang belum ada secara harfiyah dalam wahyu atau dalam kepentingan untuk mengetahui apakah suatu kasus

masih dapat diterapkan suatu ketentuan hukum atau tidak karena terjadinya pergeseran-pergeseran nilai akibat-akibat perubahan sosial. Pemikiran isi (ruh) syari’at bukan pemkiran teks (lafdiyah), hal ini banyak dilakukan oleh Umar bin Khaththab. Banyak ketentuan hukum Islam yang disebutkan dalam

nash, dipikirkan juga tentang “jiwa” yang melatar belakanginya, hngga jika jiwa yang melatarbelakangi itu tidak tampak dalam penerapannya pada suatu saat dan keadaan tertentu, maka ketentuan hukum itu tdak dilaksanakan. Selama ‘illat hukum masih terlihat, maka ketentuan hukumnyadilaksanakan, sebaliknya jika ‘illat hukum tidak terlihat, maka ketentuanhukum tidak perlu dilaksanakan.

Setiap ketentuan hukum berkaitandengan ‘illat yang melatarbelakanginya, jika ‘illat ada maka hukumnya pun ada dan jika ‘illat tidak ada maka hukummnya tidak ada. Memahami jiwa hukum merupakan suatu keharusan untuk menunjuk ‘illat hukum secara tepat dan dapat dipertanggung jawabkan.

Ijtihad yang dilakukan oleh hakim Peradilan Agama merupakan keniscayaan, sebab Kompilasi Hukum Islam ((KHI) selesai dengan diundangkannya, tetapi permasalahan kehidupan dalam aspek hukumnya tidak pernah selesai, terus berkembang dan dinamis.[58] Memang ijtihad bukan merupakan pekerjaan yang ringan, namun tetap diperlukan karena persoalan-persoalan hukum senantiasa munculsesuai dengan kebutuhan, tuntutan tempat dan waktu. Persoalan hukum muncul tanpa batas tempat dan waktu, sedangkan nash-nash dan peraturan perundang-undangan yang ada sangat terbatas, oleh kkarena ituijtihad harus dilakukan.

Upaya ijtihad dewasa ini berbeda dengan upaya ijtihad yang dilakukan pada masa lalu. Hal ini disebabkan persoalan-persoalan yang muncul lebih kompleks. Pemecahannya memerlukan pendekatan yang komprehensip, baik dari segi budaya, ekonomi, sosial dan sebagainya. Disiplin-disiplin ilmu tersebut tidak dapat hanya dikuasai perorangan, tetapi oleh banyak orang sehingga memerlukan bantuan multi disiplin ilmu dari berbagai individu. Hal ini disadari oleh hakim Peradilan Agama apabila kurang menguasai hal yang bukan bidangnya maka ia mendatangkan saksi ahli untuk membantu hal yang demikian itu.

58 Hasil Wawancara dengan Bagir Manan, Mantan Ketua Mahkamah Agung rI, di Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang, pada tanggal 10 Januari 2010.

Proses persidangan di Pengadilan Agama pada umumnya di sidangkan oleh majelis yang terdiri dari tiga orang hakim atau lima orang hakim atau tujuh sampai sembilan orang hakim. Untuk itu dapat dikatakan benuk ijtihad hakim Peradilan Agama marupakan bentuk ijtihad jama’i (kolektif), bukan bentuk ijtihad fardi (perorangan). Putusannya merupakan putusan majelis atau putusan bersama yang merupakan produk kerjasama akan

lebih dapat mendekati kebenaran dibanding hanya dari perorangan saja. Dengan demikian maka ijtihad jama'i yang dilakukan oleh hakim Peradilan Agama dapat memberi isi yang padat dan komprehensif terhadap suatu putusan hukum. Aspek-aspek yang dikemukakan oleh para hakim dalam suatu majelis akan membantu dalam mengungkapkan maqashid al-syari'ah sehingga putusan yang dihasilkan oleh mmajelis hakim tersebut sesuai atau tidak bertentangan dengan ide maqashid al-syari'ah tersebut.

Dari analisis kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan dari penggunaan "teori penemuan hukum" sebagai pisau analisis dalam melakukan ijtihad bagi seorang hakim di Pengadilan Agama untuk memutuskan keadilan dalam putusannya sehingga ia melakukan pengembangan teks Undang-undang (tahrij al-ahkam 'ala nashil al-qanun). Di samping itu sebagai pisau analisis untuk memahami kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan juga dengan menggunakan "teori keadilan". Tekstual suatu ayat al-Qur'an maupun as-Sunnah demikian pula peraturan perundang-undangan (dalam hal ini hukum waris dalam Kompilasi Hukum Islam) mengandung ide keadilan. Bagaimana ide trsebut diterapkan (diaplikasikan) untuk memutus suatu kasus yang diajukan kepada hakim Peradilan Agama tersebut yang diwujudkan dalam putusan dengan mempertimbangkan faktor-faktor 'illat hukum yang menyertainya.

Hakim harus mengetahui ide hukum (ijtihad istimbati) dan dapat pula menerapkan (mengaplikasikan) ide hukum itu (ijtihad tatbiqi) dalam putusannya sehingga berkeadilan. Hal yang demikian itu diamanatkan oleh Kompilasi Hukum Islam Pasal 229 yang dinyatakan: "hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan ".

Peran ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) untuk mengantisipasi

perkembangankehidupan keluarga muslim. Pengadilan Agama di sampng sebagai institusi hukum yang menegakkan kepastian hukum dan keadilan, juga sebagai institusi sosial, yaitu mengakomodir dinamka perkembangan sosial dari aspek hukum yang berakibat putusan hakim Peradilan Agama mempunyai nila keadilan (aspek filosofis) dan nilai manfaat (aspek sosiologis). Dari sini penemuan hukum mutlak diperlukan, apalagi adanya perkembangan kehidupan (termasuk perkembangan hukum keluarga muslim di Indonesia).

Dalam penemuan hukum dikenal aliran progresif dan aliran konservatif. Aliran progresif berpendapat bahwa hukum dan peradilan merupakan alat untuk perubahan soaial. Sedangkan aliran konservatif berpendapat bahwa huu dan peradilan hanyalah untuk mencegah kemrosotan moral dan nilai-nilai lain.[59] Dalam penemuan hukum itu terdapat proses berpikir dari seorang ahli hukum dengan menggunakan metode interpretasi yang mengantarkan dan membawanya kepada suatu putusan hukum ataupun pengembangan hukum.

Peemuan hukum dengan metode interpretasi tersebut meliputi gramatikal, historis, sistematis, teologis – sosiologis, secara perbandingan hukum, metode analogis, argumen a contrario, penghalusan hukum serta antisipasi futuristis. Dalam penerapannya metode pendekatan yang digunakan dalam metode penemuan hukum ini adalah intelektual – rasional dalam arti subyek penemu hukum mengenal dan memahami kenyataan kejadian dan peraturan hukumnya yang berlaku dan akan diperlakukan berikut ilmunya. Adapun intelektual logis, dalam arti penerapan hukum normatif terhadap kasus posisinya mengindahkan hukum logikka, baik yang formil maupun yang materiil.

Hukum secara empirik bukan merupakan hal yang statis, tetapi selalu mengikti perubahan masyarakat, oleh sebab itu hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, memahami dan mengikuti nilai-nlai hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Oleh karena itu melalui putusannya seyogyanya tidak menjatuhkan putusannya yang tidak membumi, dengan kata lain tidak bermanfaat bagi masyarakat.[60]

59 Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Yogyakarta: Leberty, 1985), hal. 137.

60 Achmad Ali, "Eksistensi Hukum dalam Penegakan Hukum di Indonesia", dalam *Mimbar Hukum No. 52 Thn. XII 2001,* hal. 66.

Dengan demikian dalam rangka penegakan hukum dan keadilan sehingga dapat memberikan pengayoman bagi masyarakat banyak tergantung pada profesionalisme hakim, di samping aspek moral dan etika hakim sehingga putusan yang dijatuhkan dapat memenuhi tiga hal yang sangat esensial, yaitu: keadilan (nilai filosofis), kepastian (nilai yuridis), dan kemamfaatan (nilai sosiologis). Sebab pada hakikatnya segala sesuatu yang berhubungan dengan pelaksanaan tugas badan-badan penegak hukum dan keadilan tersebut baik buruknya tergantung dari manusia-manusia pelaksananya, in casu para hakim dan pejabat yang terkait.

Hakim sebagi figur sentral dalam proses peradilann, dituntut bukan hanya untuk mengembangkan kecerdasan intelektual dan ketrampilan teknis yudisial semata, tetapi juga harus membangun dan mengembangkan kecerdasan emosional dan kecerdasan moral spiritual yang memiliki dimensi universal yag berakibat dapat mengembangkan hukum yang disebut hukum progresif yang beresensi bahwa hukum bukan sebagai sebuah produk ketika selesai ketika diundangkan, tetapi melalui proses pemaknaan yang tidak ernah berhenti, berupa ruh yang harus diraih tujuannya (maqashid al-syari'ah).

Di samping tugas hakim sebagaimana tersebut di atas, hakim juga mempunyai tugas secara kongkrit dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara, melalui tiga tahap, yaitu:

a. Mengkonstatir, yaitu menetapkan dan merumuskan peristiwa kongkret;

b. Mengkualifisir, yaitu menetapkan dan merumuskan peristiwa hukumnya, dan

c. Mengkonstitutir, yaitu memberikan konstribusinya berupa penetapan hukumnya dan memberikan keadilan kepada para pihak yang bersangkutan.

Tugas hakim pada dasarnya adalah memberi putusan dalam setiap perkara yang dihadapkan kepadanya, menetapkan hal-hal seperti hubungan hukum, nilai hukum dari pada perilaku, serta kedudukan hukum pihak-pihak yang terlibat dalam suatu perkara yang dihadapinya.

Peran Pengadilan Agama dalam mengakomodir perkembangan hukum keluarga Islam mutlak diperlukan. Dalam perspektif sosiologis, Pengadilan Agama bukan suatu institusi yang seratus persen otonom dalam masyarakat, tetapi ia ada bersama-sama dengan berbagai institusi lain yangditutuhkan oleh masyarakat. Dalam konteks makro, Pengadilan Agama termasuk dalam hukum yang ada bersama-sama dengan sistem soaial dan dinamikanya. Dalam sistem sosial terdapat dinamika, perubahan baik yang disebabkan oleh waktu maupun tempat yang mengakibatkan perubahan hukum (Islam) (taghayyur al-ahkam bi taghayyir al-azminat wal amkinat). Pengadilan sebagai institusi yang terbuka, yaitu sebagai institusi sosial, maka harus tanggap dan mengakomodir perkembangan sosial dan hukumnya supaya putusannya bermanfaat pada masyarakat pencari keadilan.

Dalam kedudukan dan keadaan yang demikia itu, maka hukum itu senantiasa melakukan pertukaran dengan lingkungannya sebagaimana disebutkan di atas. Hukum, pengadilan tidak bisa bekerja menurut apa yang dianggapnya harus dilakukan, melainkan merupakan hasil pertukaran dengan lingkungannya yang besar itu. Dalam keadaan ini, bahwa proses hukum merupakan bagian dari proses soaial yag lebih besar. Keadaan yang dekian itulah, maka keberadaan pengadilan Agama dapat dikatakan "ketiadaan otonomi mutlak" ia terbuka dan berkembang bersama perkembangan sosial dari aspek hukumnya bersama-sama masyarakat.

Dalam kaitan dengan pemahaman di atas, maka apa yang dihasilkan oleh Pengadilan Agama (berupa putusan) senantiasa merupakan keluaran dari hasil pertukaran tersebut di atas. Oleh karena itu menjadi penting untukk mendekati dan membicarakan hukum ddalam kkonteks sosial yang lebih besar dengan pemahaman yang komprehensif. Salah satunya adalahpertukaran antara hukum dan kebudayaan, di sini antara hukum dan kebudayaan sangat bberbeda, yang benar adalah hukum tidak dapat dipisahkan dari sistem sosial atau budaya masyarakatnya. Dalam kenyataannya untuk mengoperasionalkan hukum Islam (contoh kongkret Kompilasi Hukum Islam) sudah menjadi suatu yang sangat tinggi kadar teknisnya, sehingga bisa disifatkan sebagai teknologi.

Apabila dipahami dalam konteks yang demikian, maka niscaya hanya bisa berkonsentrasi kepada sistem hukum positif (Islam) saja, melainkannya

menempatkan dalam konteks perspektif dan determinasi kebudayaan. Kehidupan hukum (Islam) tidak lagi dilihat semata-mata sebagai kehidupan 'peraturan' melainkan juga 'perilaku' dan melalui pperilaku inilah ditemukan antara lain interpretasi budaya oleh manusia (pengadilan) terhadap suatu peraturan hukum (Islam) yang berlaku di masyarakat.

Dengan melihat kehidupandan dunia hukum (Islam) dari pandangan serta pendekatan yang demkian itu, maka di atas hukum masih ada wawasan etis dan moral. Hukum dalam pelaksanaannya (aplikasi) di Pengadilan Agama mengalami "reinterpretas etis" sebelum muncul sebagai suatu putusan. Hukum yang dipandang serba pasti pada akhirnya tidaklah demikian, karena mengalami berbagai macam interpretasi untuk menggali dan mencapai maqashid al-syari'ah.

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa Pengadilan Agama bukan merupakan badan yang sepenuhnya otonom, melainkan senantiasan

mengalami pertukaran dengan lingkungannya yang lebih besar. Hakim merupakan alat institusi pengadilan yang sangat setrategis, yang mempunyai tugas sebagai penegak hukum dan keadilan yang wajib menggali,, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Di sini terdapat pperrtkaran antara Pengadilan (Agama) denggan dinamika masyarakat.

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, maka dapat dikatakan bahwa Pengadilan Agama merupakan "institusi yang dinamis", senagai institusi yang menata kembali masyarakat, menginterpretasikan teks-teks undang-undang (Kompilasi Hukum Islam) dalam koteks masyarakat serta perubahan-perubahannya. Dengan demikian Pengadilan Agama itu tidak hanya dilihat sebagai bangunan serta institusi huukum, tetapi dapat juga dilihat sebagai institusi sosial. Sebagai institusi sosial yang demikian itu, Pengadilan Agama tidak dapat dilihat sebagai institusi yang berdiri sendiri dan bekerja secara otonom, tetapi senantiasa berada dalam proses pertukaran dengan lingkungannya.

Pengadilan Agama bersama-sama dengan masyarakatyang membentuk struktur sosiologisnya, dengan membuka cakrawala yang lebih luas, yaitu Pengadilan Agama tidak hanya sebagai suatu bangunan "yuridis " saja, melainkan terkait dengan sekian komponen "bangunan sosiologis".

Memperhatikan struktur sosiologis, bahhwa Pengadilan (Agama) menerima kenyataan, bahwa tidak ada pengadilan yang sama di dunia, sekalipun fungsinya yang diembannya dikatakan sama, yaitu memeriksa dan mengadili. Tetapi karena Pengadilan (Agama) itu adalah institusi yang "berakar budaya" dan "berakar sosial", maka tentu seharusnya ditangkap terhadap dinamika (hukum) masarakatnya, sehingga putusannya benar-benar bermanfaat pada masarakat pencari keadilan. Peran yang dilakukan Pengadilan Agama di atas, sehingga dapat melakukan penemuan dan pembentukan hukum baru dalam bidang hukum kewarisan umpamanya yang tidak diatur dalam perudang-undangan (Komplasi Hukum Islam) seperti dalam tulisan ini yang merupakan wujud 'tahrij al-ahkam 'ala nashi al-qanun".

Dari analisis tersebut di atas, bahwa Pengadilan Agama tidak hanya sebagai "instiituusi hukum" yang hanya menegakkan hukum (kepeastian hukum), tetapi juga sebagai"insttusi sosial" yang menegakkan keadilan dan kemanfaatan, sehingga peran Pengadiilan agama sangat terbuka terhadap perkembangan hukum masyarakatnya. Dengan menggunakan ""teori keadilan" sebagai psau analisis dari peran Pengadilan Agama atas perubahan

sosial dari masyarakatnya dari kasus posisi di atas, merupakan kenescayaan bahwa peran untuk memutus peristiwa hukum atau kasus hukum yang diajukan kepadanya dalam putusannya mencerminkan keadilan hukum dari masyarakatnya pula. Hal yang demikian itu diamanatkan pula dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 229 yang dinyataka: " Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan".

Kaidah hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan kontribusinya terhadap hukum nasinal.

Setelah membaca kasus posisii di atas, dapat disimpulkan bahwa yang menjadi masalah pokok dalam sengketa harta warisan tersebut adalah mengenai ada tidaknya hubungan ahl waris dari saudara kandung orang yang meninggal dunia (Pewaris) apabila orang yang meninggal dunia (Pewaris) itu hanya memppunyai atau meninggalkan satu anak perempuan saja. Untuk itu sudah dapat diketahui bagaimana putusan Mahkamah Agung

dan pertimbangan hukumnya dalam memutus perkara di atas dalam hukum kewarisan yang dipandang sebagai pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Menurut Pengadilan Tinggi Agama Mataram, sadara kandung Pewaris merupakan ahli waris orang yang meninggal dunia (Pewaris) di samping anak perempuan Pewaris. Untuk itu dari hasiil pemeriksaan Pengadilan Agama Mataram telah terbukti bahwa Pewaris telah diakui bersama-sama telah meninggal dunia dengan meninggalkan seorang anak perempuan dan seorang saudara laki-laki kandung Pewaris serta meninggalkan harta peninggalan.

Dengan demikian, Pengadilan Tinggi Agama Mataram mengadili, menetapkan bagian masing-masing bahwa anak perempuan Pewaris mendapatkan ½ (setengah) bagian, dan saudara laki-laki kandung Pewaris mendapatkan ½ (setengah) bagian dari harta warisan Pewaris. Darii ppertimmbangan dan putusan tersebut dapat disimpulkan bahwa saudara laki-laki kandung Pewaris mendapatkan harta warisan bersama-sama dengan anak perempuan Pewaris. Dengan demikian saudara laki-laki kandung Pewaris tidak terhijab (terdinding) oleh anak perempuan si Pewaris.

PutusanPengadilan Tinggii Agama Mataram tersebut telah dibatalkan. Dalam pertimbangan hukumnya, bahwa Mahkamah Agung berpendapat: “selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan, hak waris dari orang yang mempunai hubungan darah dengan Pewaris kecuali orang tua, suami, istri menjadi tertutup.

Pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata “walad” pada ayat 176 Surat an-Nisa’ yang berpendapat pengertiannya mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan. Dari kasus posisi di atas terdapat pengembangan hukum kewarisan Islam dalam putusan Mahkamah Agung repulik Indonnesia, yaitu anak perempuan dari Pewaris adalah menutup saudara kandung Pewaris untuk mendapatkan warisan karena selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan, maka hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris, kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (terhijab). Pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas seorang ahli tafsir di kalangan sahabat nabi dalam menafsirkan kata-

kata “walad” pada ayat 176 Surat an-Nisa’ yang berpendapat pengertiannya mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan.

Menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam bab II tentang ahli waris, Pasal 174 dinyatakan: (1) kelompok ahli waris terdiri dari (a) menurut golongan darah: golongan laki-lakii terdiri dari ayah, anak laki-laki, paman dan kakek. Golongan perempuan terdiri dari: ibu, anak perempuan, saudara perempuan dan nenek; (b) menurut golongan perkawinan terdiri dari duda dan janda. (2) apabila semua ahli waris ada, yang berhak mendapatkan warisan hanya: anak. Ayah. Ibu, janda atau duda. Dalam Pasal 174 ayat (2) tersebut dalam penjelasan pasal demi pasal dinyatakan cukup jelas.

Apabila diteliti lebih lanjut dari bunyi Pasal 174 ayat (2) Kompilasi Hukum Islam (KHI) dinyatakan: bahwa apabila semua ahli waris ada maka yang berhak mendapatkan warisan hana anak, ayah, ibu, janda atau duda. Ahli waris itu merupakan ahli waris utama, artinya selagi masih ada anak, ayah, ibu, janda atau duda, harta warisan jatuh padanya, dan bisa mendinding (menghijab) ahli waris lainnya.

Kaidah hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah kata : “aulad” mencakup anak laki-laki dan perempuan. Menurut pendapat ini, baik anak laki-laki dan anak perempuan masing-masing

mendinding (memahjub) saudara kandung Pewaris untuk mendapatkan harta warisan.

Dari kasus posisi di atas dari putusan ahkamah Agung yang menyatakan bahwa anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan sebagai ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan kedua orang tuanya (Pewaris muslim) berdasarkan wasiat wajibah, yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Putusan (yurisprudensi) Mahkamah Agung tersebut dapat ditarik kaidahhukumnya, yaitu bahwa dalam hubungan waris Islam perbedaan agama bukan merupakan salahsatu dar penghalang seorang untuk mendapatkan bagian harta warisan dari Pewaris (beragama Islam). Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam,

maka non muslim berhak mendapatkan bagian dari harta peninggalan Pewaris (muslim) dengan menggunakan konstruksi hukumm wasiat, yaitu: “wasiat wajiibah”.

Ada dua cara yang ditempuh dalam pembinaan hukum nasional, yatu melalui pembentukan undang-undang dan melalui putusan-putusan hakim (yurisprudensi). Putusan (yurisprudensi) hakim Peradilan Agama mendudukii tempat yang sangat penting , karena dalam putusan (yurisprudensi) orang dapat menemukan wujud kaidah hukum yang kongkrit, di samping itu sesuai dengann fungsi hakim, melalui putuusan (yurisprudensi) dimungkinkan adanya penyesuaian kaidah hukum dengan tuntutan perubahan, baik perubahan keadaan maupun perubahan rasa keadilan.

Melihat posisi kasus yang diangkat dalam tulisan ini, terdapat kontribusi hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kkewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) terhadap hukum nasional, yaitu: “Anak peremppuan Pewaris menghijab saudara laki-laki Pewaris dan ia mendapatkan seluruh harta warisan Pewaris”. Dan putusan dalam kasus yang lain dinyatakan: “ Anak kandung (perempuan) yang beragama non muslim (Nasrani) ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan kedua orang tuanya (Pewaris) berdasarkan wasiat wajibah yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan ahli waris almarhum ayah dan ibunya”.

Yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut di atas, berbeda dengan norma hukum yang terlegalitas dalam al-Qur’an, as-Sunnah maupun Kompilasi

Hukum Islam (KHI) yang dinyataan dalam kasus pertama, bahwa “Jika anak perempuan itu seorang saja, maka ia memperoleh separoh harta ...”. dan dalam kkasuus kedua dinyatakan secara mutawaq alaih bahwa: “orang Islam tidak mewarisi hartta orang kafir, dan prang kafir tidak mewarisi harta orang Islam”. Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dinyatakan: “ahli adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah, atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang oleh hukum menjadi ahli waris”.

Kaidah ang lahir dari putusan hakim berupa (1) kaidah cakupan penegertian kata ‘walad’ dan ‘aulad’ yang mencakup anak laki-laki dan perempuan, dan (2) kaidah keadilan sebagai dasar beda agama tidak boleh menghalangi mendapatkan harta peninggalan, harta orang tua

yang meninggal dunia dengan kerangka teori maqashid al-syari’ah dengan pendekatan ta’lili dan istislahi.

Putusan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) tersebut dapat dikontribusikan dalam hukum nasional. Putusan Pengadilan Agama yang digali dari ajaranatau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam akan menjelma dalam bentuk asas dan prinsip hukum yang bersumber dari ajaran atau prinsip serta pesan tata nilai riligius, yang merupakan cara pikir rakyat dan bangsa Indonesia yang “riligius”. Putusan Mahkamah Agung tersebut merupakan pembentukan kaidah hukum, yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dari sistem hukum nasional. Di samping itu dalam putusan yurisprudendi tersebut, melahirkan atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) sistem hukum nasional. Dengan demikian tidak ada lagi dualisme antara hukum Islam dengan hukum nasional karena tercermin secara utuh dalam putusan (yurisprudensi), dan produk hukum Islam yang menjadi milik dan dinikmati orang Islam Indonesia saja, tetapi dapat pula dimiliki dan dinikmati oleh agama lain selain Islam, yang dinamakan hukum nasional.

Dengan demikian terjadiilah refleksi senergi yang tercermin dalam formulasi hukum Islam maupun aplikasinya (penerapan atau putusan) hukum yang memadukan yang melahirkan antara faham keagamaan (yang menjadi milik orang Islam saja) dengan paham kebangsaan (yang menjadi milik umum dan seluruh bangsa). Dengan demkian eksistensi hukum Islam sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari kesadaran masyarakat muslim Indonesia mengenai hukum dan keadilan yang memang jelas keberadaan

dan eksistensinya dalam rangka hukum nasional, tetapi disammping itu bahwa produk hukum Islam yang terlahir dari ajaran atau hukum Islam dapat membantu dan melayani masalah hukum dari subyek hukum yang lain serta materi putuusan yurisprudensi Peradilan Agama tersebut dapat diadopsi ke dalam pengertian hukum nasional.

Selain kontribusi melalui ijtihad Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarsan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) terhadap hukum nasional, secara umum kontribusi itu dapat berupa kontribusi dalam bentuk asas-asas hukum Islam yang mendasari kaidah hukum. Deengan

asas hukum yang mendasari kaidah hukum tersebut, maka asas hukum merupakan kendali agar kaidah hukum tidak diterapkan atau ditegakkan secara menyimpang dari cita hukum, fungsi dan tujuan. Di samping itu asas hukum merupakan instrumen dinamisator suatu kaidah hukum, sehingga dapat diterapkan dan ditegakkan secara adil, benar, tepat dan amnfaat bagi individu dan masyarakat.

Dalam kontribusi kaidah-kaidah hukum Islam dalam hukum nasional, perlu pemahaman karakteristiknya, yaitu bahwa kaidah-kaidah hukum Islam yag normatif semata-mata akan berlaku bagi orang-orang yang beragama Islam dan kaidah-kaidah huum Islam yang berlaku umum dapat diperlakukan semua orang tanpa membedakan kepercayaan (agama) dan orang yang bersangkutan. Kaidah-kaidah hukkum Islam dalam bidang ibadah hanya berlaku bagi mereka yang beragama Islam, sedang kaidah-kaidah hukum Islam dalam bidang mu'amalah ada pula yang berlaku bagi mereka yang beragama Islam dan dapat pula berlaku secara umum.

Dalam kontribusi subyek hukumm Islam adalah orang-orang yang beragama Islam. Apakah hukum Islam mengandung pula subyek hukum bagi mereka yang tida beragama Islam. Hal itu tergantung pada karakteristiik dari asas dan kaidah hukum Islam itu. Suatu asas atau kaidah hukum Islam akan berlaku umum, apabila keberlakuuan (penerapan) kaidah hukum Islam itu bersifat netral, artinya tidak berkaitan dengan kepercayaan penganut aggama tertentu, dan harus dapat dibuktikan bahwa kaidah hukum Islam tersebut aan menjamin secara universal berlakunya tujuan hukum, serta harus dapat dibuktikan pula bahwa asas dan kaidah hukum tersebut mampu memenuhi kkaidah hukum masyarakat secara umum.

Kontribusi hukum Islam tentang obyek hukum Islam cakipannya lebi luas, tidak hanya hukum keduniaan saja (mu'amalat) tetapi juga menyangkut

hukum ibadah. Dalam bidang hukum mu'amalat lebih banyak mengandung norma yang memberikan kontribusi masuknya hukum Islam dalam hukum positif, sehingga masa yang akan datang perlu dipikirkan kontribusi yang lebih mengarah peranan hukum Islam dalam mempengaruhi hukum nasional. Untuk itu jalur kontribusi hukum Islam, ditinjau dalam perspektif pembiaan hukum nasional dapat lewat peraturan perunndang-undangan, melalui yurisprudensi, dan putusan-putusan lain yang bukan peraturan perundang-undangan.

Kontribusi hukum Islam dalam peraturan perundang-undangan saat ini masih terbatas pada usaha menempatkan hukum Islam dalam peraturan perundang-undangan nasional lebih ditentukan pada peraturan yang khas berlaku bagi mereka yang beragama Islam, belum banyak diungkapkan dimensi-dimensi hukum Islam yang berkaitan dengan kehidupan kebangsaan secara keseluruhan yang diserap dalam peraturan perundang-undangan nasional serta pemkiran memasukkan hukum Islam dalam sistem perundang-undangan nasional belum banyak diarahkan pada asas hukum yang umum yang dapat berlaku secara umum. Secara nyata bahwa hukum Islam memberikan kontribusi dalam peraturan perundang-undangan di negara Indonesia ini, seperti Undang-undang Perkawinan, Undang-undang Peradilan Agama, Kompilas Hukum Islam (KHI), Undang-undang Pengelolaan Zakat, Undang-undang Penyelenggaraan Haji, Undang-undang Perwakafan, Undang-undang Perbankan Syari'ah dan sebagainya.

Kontribusi hukum Islam melalui yurisprudensi. Yurisprudensi merupakan istrumen lain dalam pembentukan hukum. Peraturan perundang-undangan Mahamah Agung mewajibkan hakim untuk menemukan hukum yang tepat dalam penetapkan suatu putusan. Hal ini diperlukan agar hakim dalam memberikan keadilan sebagaimana mestinya. Dalam hal demikian, hakim dapat menggunakan asas atau kaidah hukum Islam yang dipandang dapat menemukan rasa keadilan bagi pencari keadilan.

Kontribusi hukum Islam melalui pengembangan hukum kebiasaan, hal ini merupakan tantangan tersendiri bagi umat Islam untuk menjadikan setiap hukum Islam senagai *'way of life'* nya. Apabila hukum Islam telah menjadi suatu kenyataan yang berakar dari kehidupan masyarakat maka hukum Islam tersebut akan berrlaku dan dijalankan tanpa harus menunggu pengukuhan oleh perundang-undangan.

Dari analisis posisi kasus di atas, bahwa hukum Islam (dalam hal ini hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam) melalui putusan

((yurisprudensi) Peradilan Agama dapat disumbangkan terhadap hukum kewarisan nasional yang berlaku secara nasional pula yang pada saat ini belum dimiliki baik secara unifikasi dan secara kodifikasi. Hal yang demikian digunakan "teori transformasi" dan "teori penemuan hukum" sebagai pisau analisis bahwa putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat dijadikan

sebagai kaidah hukum yang dapat disumbangkan terhadap hukum nasional yang berlaku secara nasional pula tidak membedakan asal agama masing-masing masyarakat Indonesia.

(3) Sebagai contoh ketiga, yaitu penegakan hukum Islam kontekstual berupa wujud penegakan hukum positf Islam di Pengadilan Agama untuk mewujudkan keadilan berupa pembagian harta bersama. Adapu Kasus posisi sebagai berikut:[61] Pemohon kasasi (istri) dahulu sebagai Penggugat telah mengajukan gugat cerai terhadap Pemohon kasasi dahulu (suami) sebagai Tergugat di depan persidangan Pengadilan Agama Yogyakarta, pada pokoknya mengajukan dalil-dalil dan bukti-bukti atas gugatannya tersebut. Adapun inti ((petitum) gugatan Penggugat adalah menjatuhkan talak satu *ba'in* dan menyatakan perkawinan antara Penggugat dengan Ttergugat putus karena perceraian dan menetapkan secara hukum separoh bagian masing-masing dari keseluruhan harta bersama tersebut sebagai bagian dan hak Penggugat dan Tergugat.

Adapun putusan Pengadilan Agama Yogyakarta amarnya berbunyi: Mengabulkan gugatan Penggugat sebagian, memutuskan perceraian Penggugat dari Tergugat dengan talak satu *ba'in shugro* dan menetapkan bagian Penggugat dengan Tergugat masing-masing memperoleh separoh bagian dari harta bersama. Putusan tersebut dalam tingkat banding atas permohonan Penggugat telah dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta. Dari putusan tersebut Penggugat mengajukan permohonann kasasi yang menguasakan kepada kuasa hukumnya melalui Pengadilan Agama Yogyakarta.

Adapun alasan-alasan yang diajukan oleh Pemohon kasasi/Penggugat dalam memori kasasinya tersebut pada pokoknya adalah: bahwa Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta tidak menyertakan penilaiannya terhadap dalil-dalil Pembanding dalam pertimbangan hukumnya untuk kemudian diperbandingkan (dianalisis) dengan alasan Pengadilan Agama Yogyakarta yang karena permohonan kasasi tidak dapat mengetahui apa yang menjadi

61 *Putusan Pengadilan Agama Yogyakarta No. 280/Pdt.G/2002/PA.Yk, tertanggal*

16 September 2003 M, bertepatan dengan tanggal 19 Rajab 1424 H. Jo. Putusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta No. 36/Pdt.G/2003/PTA. YK, tanggal 21 Januari 2004 M, bertepatan dengan tanggal 30 Dzulqo'idah 1424 H. Jo. Putusan Mahkamah Agung RI No. 193 K/AG/2004, tanggal 21 Pebruari 2007.

alasan dan dalil-dalil teoritik dan aturan hukum positif di dalam menentukan putsan itu, namun demikian telah menunjukkan tidak sesuainya dengan ketentuan Pasal 23 Undang-undang No. 14 Tahun 1970 dengan demikian pula kurang menghormati asas *Audi et Alteram Partem* yang mengharuskan pengadilan untuk memberikan penilaian yuridis dan akademis terhadap alasan dan dalil-dalil para pihak secara proposional dan obyektif.

Bahwa putusan Pengadilan Agama Yogyakarta yang dikuatkan Pengadilan Tinggi Yogyakarta telah mendasarkan pada dalil bahwa istri adalah merupakan sekutu bagi seorang suami dalam menjalankan bahtera kehidupan (*syarikkatan rajuli fil hayah*), maka terjadi *syarikatan abdan* dan *syarikatan mufawadah*, maka selama perkawinan harta yang diperoleh adalah harta *syirkah* yang harus dibagi dua antara suami dan istri yang diperkuat dengan dalil yang merujuk pada al-Qur'an Surat al-Baqarah ayat 228 yang intinya pada wanita mempunyai hak yang seimbang dengan kewajibannnya menurut cara yang *ma'ruf*, demikian mendasarkan ketentuan *kitab Syarqawi Alat Tahrir* halaman 109 yang intinya apabila terjadi *syirkah* pada suatu masa tertentu setelah berpindah dan tidak diperbolehkan pada masing-masing *syirkah* itu, maka harta tersebut dibagi dua.

Demkian alasan diajukannya kasasi bahwa dari paradigma hukum demikian terlihat Pengadilan Agama Yogyakarta yang diikuatkan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta dalam putusannya telah mengabaikan hak-hak dan prestasi Penggugat sebagai istri yang telah terbukti memiliki peran lebih besar dengan pengelolaan dan pengembangan perusahaan dari keterangan sejumlah saksi Penggugat yang memiliki relevansi yuridis materiil menjadi diabaikan penilaiannya yang mengemukakan soal mengenai modal perusahaan yang lebih besar dibanding Tergugat/Termohon kasasi.

Menimbang bahwa terhadap alasan-alasan tersebut di atas Mahkamah Agung berpendapat: Bahwa alasan-alasan tersebut tidak dapat dibenarkan, karena *Yudix Facti* tidak salah menerapkan hukum, lagi pula hal ini pada hakikatnya mengenai penilaian hasil pembuktiian yang bersifat penghargaan tentang suatu kenyataan, hal tersebut tidak dapat diertimbangkkan dalam pemeriksaan pada tingkat kasasi, karena pemeriiksaan dalam tingkat kasasi hanya berkenaan dengan adanya kesalahan dalam penerapan hukum, adanya pelanggaran hukum yang berlaku, adanya kelalaian dalam memenuhi

syarat-syarat yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan yang mengancam kelalaian itu dengan batalnya putusan yang bersangkutan atau pengadilan tidak berwenang atau melampui batas wewenangnya sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 30 Undang-undang no. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang No. 5 Tahun 2004.

Menimbang, bahwa terlepas dari pertimbangan tersebut di atas menurut pendapat Mahkamah Agung, amarputusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta harus diperbaiki sepanjang mengenai ketetapan ppembagian hharta bersama bagi Penggugat dan Tergugatdengan pertiimbangan sebagai berikut. Bahwa keterangan saksi-saksi yang diajukan ole Penggugat kurang dipertimbangkan oleh judex facti, di mana harta bersama tersebut sebagian besar didapat dari hasil kerja keras Penggugat dalam pengelolaan dan perkembangan perusahaan. Sedangkan Tergugat kurang aktifitasnya dalam pengelolaan dan pengembangn usaha tersebut. Oleh karenanya dipandang proposional dan adil apa bila terhadap harta berama tersebut dibagi berdasarkan seberapa banyak kontribusinya dalam menghasilkan harta untuk Tergugat (suami).

Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 88 dinyatakan: “Apabila terjadi perselisihan antara suami istri tentang harta bersama, maka penyelesaian perselisian itu diajukan kepada Pengadilan Agama””. Adapun norma hukum yang mengatur harta bersama apabila terjadi perceraian, khususnya diatur cerai hidup diatur dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 97 yang dinyatakan: “janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan”.

Adapun putusan Mahkamah Agung di atas seolah olah bertentangan dengan Pasal 97 KHI di atas yang tidak memutuskan membagi hartta bersama masing-masing antarra suami dan istri berhak seperdua (1/2), bahkan Mahkamah Agung memutuskan dalam pembagian harta bersama tersebut, yaitu 2/3 untuk istri dan 1/3 untuk suami, dengan pertimbangan hukum sejauh mana kontribusi masing-masing dalam membentuk harta bersama tersebut. Dalam hal kasus ini ternyata istri lebih besar kontribusinya dalam menghasilkan harta bersama tersebut, sehingga wajar apabila istri lebih besar (2/3) dibanding bagian suami (1/3).

Pengadilan dalam membua putusan selalu diawali dengan: “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”, jadi yang ditegakkan oleh pengadilan adalah “keadilan” bukan “Demi Hukum”. Beda antara demi keadilan dengan demi hukum, sebab “ruh hukum” adalah “keadilan”. Keadilan dalam hal ini dimaknai memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya. Dalam teori Ilmu hukum dibedakan adanya dua macam keadilan, yaitu: Pertama keadilan distributuf, yaitu memberikan kepada setiap orang berdasarkan kontribusinya. Jadi memberikan setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada asas keseimbangan. Kedua, keadilan komulatif, yaitu memberikan kepada setiap orang bagian yang sama. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan asas kesamaan.

Apabila keperluar rumah tangga diperoleh karena usaha bersama antara istri dan suami, maka dengan sendirinya harta yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama. Besar atau kecilnya harta yang menjadi bagian suami atau istri tergantung banyak atau sedikitnya usaha yang mereka lakukan dalam memenuhi kebutuhan rumah tangga itu. Kalau suami lebih banyak usahanya dari istrinya, maka hak suami juga lebih besar dari pada hak istri, demikian sebaliknya apabila usaha istri lebih besar dari pada suami, maka haknya atas harta bersama juga lebih besar dari suaminya. Dahwa terhadap ketentuan dalam Pasal 97 KH, maka Pengadilan Agama berpendapat harus diartikan sepanjang harta bersama itu didapat dari hasil usaha suami dan istri secara berimbang sama besar, baik dari segi pendapatan maupun perannya dalam rumah tangga.[62]

Bentuk Ijtihad Progresif dalam Penegakan Hukum Positif Islam di Pengadilan Agama untuk Mewujudkan Keadilan dalam Pembagian Harta bersama dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI):

tentang ijtihad progresif hakim Peradian Agama tentang pengembangan Kompilasi Hukum Islam (KHI) khsusnya tentang pembagian hara bersama sangat signifikan karena berkaitan dengan ’hukum kasus’ yang dihadapi para hakim agama, maka berkaitan dengan ini disebut juga “teori hukum kasus”. Hukum yang akan diputus/ditetapkan oleh hakim masih dalam proses pembuatan, masih dicari. Pencarian tersebut melalui fakta-fakta dan

62 *Putusan Pengadilan Agama Rembang No. 433/Pdt.G/2007/PA.Rbg, tertanggal 12 Nopember 2007 M., bertepatan tanggal 2 Dzul Qa’idah 1428 H.*

peristiwa-peristiwa yang setelah terbukti dengan alat bukt yang sah barulah ditemukan dalam bentuk putusan/penetapan itu sendiri untuk kekuatan

pastinya masih harus menunggu sampai ia mempunyai kekuatan hukum yang tetap (*inkracht*).

Fakta atau peristiwa yang melatarbelakangi sengketa/perkara, yang harus dibuktikan di Pengadilan Agama, adalah suatu yang telah terjadi, lalu hakim setelah memperhatikan segala keterkaitan hubungannya mencarikan hukum yang paling tepat untuk kasus tersebut. Jadi tegasnya, hukum yang berlaku di pengadilan adalah hukum kasus, bukan hukum dalam "fungsi mengatur". Hukum kasus dibedakan dengan hukum dalam fungsi mengatur, karena hukum dalam fungsi mengatur bersifat netral, lepas dari konteks fakta dan peristiwa.

Hukum kasus diistilahkan dengan *"ahkam nafs al-waqi'* atau *ahkam da'wa al-waqi'"*, sedangkan hukum dalam fungsi mengatur diistilahkan dengan *"ahkam hifz al-huquq"*. Hkum kasus adalah untuk sengketa / perkara, sedangkan hukum dalam fungsi mengatur adalah hukum di luar sengketa. Adapun cara menemukan hukum materiil atas kasus di pengadilan, yakni melalui hukum acara atau pembuktian, dinamakan *turuq al-ahkam*, sedangkan cara menemukan hukum materiil di luar kasus perkara di pengadlan dinamakan *hifz al-huquq*.[63]

Dalam praktek di Pengadilan Agama, dalam melihat kasus yang beragam, lebih-lebih yang bersifat komulasi (hal mana sesuai dengan gugatan atau permohonan yang diajukan oleh pencari keadilan, maka pertama-tama hakim akan mendudukkan dahulu pokok perkaranya atau kasusnya (*case positio atau nafs al-waqi' atau da'wal al-waqi'*). Setelah itu hakim akan melihat bagaimana hukum materiilnya (seperti Kompilasi Hukum Islam dalam bidang pembagian harta bersama) yang relevan, yang bersifat umum dan khusus, baik yang tertulis maupun yang tidak tertuls untuk diukur dalam kasus tersebut. Kemudian hakim akan menarik kesimpulan sesuai bukti-bukti yang diajukan dan cocok dengan kasus tersebut.

Dalam hal ini, apabila dalam kasus yang besifat komulasi hukum yang persis dengan kasus itu jarang ditemukan, yang dengan sendirinya membawa

63 roihan A. rasyid, "Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur (Terapannya di Pengadilan Agama)", *Mimbar Hukum No. 19 Thn VI 1995,* hal. 15.

konsekuensi pula di segi pembuktiannya. Di sini telak kesulitan dan tanggung jawab hakim dalam menghubungkan fakta-fakta atau peristiwa, mendudukkan kasusnya serta mempergunakan pembuktiandan hukum yang relevvan. Untuk itu dapat dikatakan bahwa hakim itu: *"am an-nazari wa khas*

al-'amali".[64] Dari sini dapat dinyatakan bahwa penerapan hukum kasus di Pengadilan Agama ternyata memerlulan wawasan hukum Islam yang sangat luas, tidak dan belum mencukupi dengan hanya menguasai hukum materiil Islam dalam perundang-undangan. Tanpa itu, menemukan hukum materiil dalam kasus, besar kemungkinan tidak mencerminkan keadilan hukum menurut Islam.[65]

Pembicaraan tentang pembentukan atau pengembanga hukum dalam *usul fikih disebut ijtihad*, hal ini berkaitan erat dengan perubahan-perubahan sosial yang berlangsung dalam kehidupan masyarakat. Secara umum ijtihad itu dapat dikatakan suatu upaya berpikir secara optimal dalam menggali hukum Islam dari sumbernya untuk memperoleh jawaban terhadap permasalahan hukum yang muncul dalam masyarakat.[66]

Islam adalah agama terakhir bagi umat manusia, setelah Nabi Muhammad SAW. tidak ada lagi rasul yang diutus dan tidak ada pula wahyu yang diturunkan untuk mengatur manusia. Allah Maha Bijaksana dan Maha Mengetahui watak dan kebutuhan manusia cipaan-Nya yang bersifat dinamis, realistik dan berkembang. Hal ini mengandung pengertian bahwa Islam dinyatakan sempurna di akhir hayat rasulullah itu, benar-benar agama yang memiliki dinamika yang amat tinggi, yang mampu menampung segala macam persoalan yang ditimbulkan oleh perubahan dan perkembangan zaman. Dengan itu ajaran Islam dapat berlaku sepanjang masa dalam perkembangan sosial,[67] Di sinilah terletak posisi penting dan relevansi hakikat ijtihad.

Seorang hakim dalam mengadapi persoalan hukum yang kompleks dan dinamis, ia harus menguasai dua bentuk ijtihad, yaitu pertama *ijtihad istimbati* dan kedua *ijtihad tatbiqi*. Ijtihad hakim mengenai pengembangan

64 *Ibid.,* hal. 17.

65 *Ibid.,* hal. 25.

66 Asfari Jaya Bakti, *Op. Cit.,* hal. 1.

67 Satria Efendi M. Zein, " Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama", *Mmbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993*, hal. 41.

hukum dari teks atau pedoman hukum yang ada seperti Kompilasi Hukum Islam (KHI) perlu dilakukan dan ini merupakan amanah Pasal 229 KHI yang dinyatakan: *"Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya wajib memperhatikan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan".*

Hal ini merupakan dorongan kepada hakim agama untuk mengembangkan hukum Islam dalam hal inii pembagian harta bersama yang menjadi wewenang absolut Peradilan Agama dalam berijtihad, berupa: (1) melengkapi hukum yang belum ada dan menyempurnakan hukum (Kompilasi Hukum Islam) yang sudah ada, (2) undang-undang menentukan hal-hal yang umum, sedangkan pertimbbangan hal-hal yang kongkrit diserahkan kepada hakim untuk mengembangkan hukumnya, dan (3) ada kekosongan hukum yang harus diisi oleh hakim.

Hakim dalam menghadapi perkara yang diajukan kepadanya ditemukan perkara yang sama, tetapi nuansa dan substansinya tidak sama, sebab berlainan subyek, kondisii maupun obyek dan subyek yang melatar belakangi tidak sama. Dari dua bentuk ijtihad hakim Peradilan Agama seperti yang terjelaskan pada bab sebelumnya di atas, maka secara ringkas kami ulang nuansa substansinya di sini dapat disimpulkan, bahwa:

Ijtihad Istimbati, yaitu berkenaan dengan: (a) penguasaan hukum secara tekstual, (b) upaya untu melihat *'illat* (alasan huum) yang terkandung dalam *nash* atau hukum teks tual itu, (c) lalu menggali apa ide yang terkandung dalam *nash* atau hukum tekstual itu, (d) obyek kajiannya adalah *nash* atau hukum tekstual itu, dan (e) penguasaan hukum secara eksplisit;

Ijtihad tatbiqi, yaitu berkenaan dengan: hukum hendak diterapkan sesuai ide yang terkandung dalam *nash* atau hukum tekstuan itu, (b) menyangkut persoalan penerapan hukum dalam kasus yang kngkrit, (c) penerapan ide yang terkandung dalam *nash* atau hukum tekstual itu, (d) aspek kajian dalam ijtihad ini adalah manusia dan dinamikanya, dan (e) menyimpulkan semangat/spirit/ruh nilai hukum dalam *nash* atau hukum tekstual itu.

Hukum pembagian harta bersama dalm Kompilasi Hukum Islam (KHI) termesuk hukum yang bersifat mengatur dalam fungsi undang-undang yang bersifat deduktif, tekstual dan normatif. Sedangkan perkara pembagian harta

bersama yang diajukan kepada hakim Peradilan Agama bersifat kasuistis, induktif, kontekstual dan empiris, yang disebut hukum kasus. Berkaitan dengan hukum kasus di atas, Pasal 229 KHI dinyatakan bahwa: *"Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan".*

Aspek fiilosofis dalam pembagian harta bersama yang diajukan di Pengadilan Agama tidak dapatdilepaskan dari aspek keadilan. Keadilan merupakan tujuan hukum Islam dan banyak dalam al-Qur’an untuk menyuruh berbuat dan mmenegakkan keadilan. Sifat adil yang terkait erat dengan prinsip keadilan dalam hukum keluarga termasuk dalam pembagian harta bersama merupakan hal yang fondamental.

Berkaitan dengan hal ini, apabila dikaji menurut hukum Islam dalam kontruksi pemikiran Fazlur rahman, yaitu memahai ungkapan-ungkapan al-Qur’an untuk digeneralisasikan kepada prinsip-prinsip moral sosial dengan cara mengaitkan ungkapan-ungkapan spesifik al-Qur’an beserta latar belakang sosio – historis dan dengan mempertimbangkan ratio – legis (‘illat hukum) yang dinyatakan dalam ungkapan-ungkapan al-Qur’an dan selanjutnya adalah dengan merumuskan prinsip-prinsip umum tersebut ke dalam konteks sosio – historis aktual sekarang.[68]

Mempertimbangkan dalam konteks sosio – historis aktual dalam pembagian harta bersama merupakan kenescayaan,sehingga timbul permasalahan hukum antara teks, yaitu Pasal 97 KHI sebagai das solen dengan konteks – sosio historis sebagai das sein, hal ini menggambarkan konsep hukum Islam pada konstruksi pemikiran aplikasi di Pengadilan Agama dalam aspek hubungan kehidupan bermasyarakat khususnya antara suami dengan istri dalam hal hukum ekonomi, lebih jelasnya hukum nafkah.

Kemungkinan adanya bahaya subyyektivitas penafsir (sepeti Kompilasi Hukum Islam) untuk menghindarkan attau setidaknya untuk meminimalkan bahaya subyektivitas tersebut, rahman mengajukan sebuah metodologis yang terdiri dari 3 (tiga) pendekatan, yaitu: [69] Pendekatan historis untuk

68 Efrinaldi, “reaktualisasi Hukum Islam, Suatu Kajian Metodologis dalam Pemikiran Fazlur rahman”, *Mimbar Hukum No. 50 Thn. XII 2001*, hal. 97.

69 *Ibid.,* hal. 103 – 106.

menemukan makna teks. Kedua, pendekatan kontentual untuk menemukan sasaran dantujuan yang terkandung dalam ungkapan legal – spesifik, dan Ketiga, latar belakang sosiologis untuk menguatkan hasil temuan pendekatan kontentual untuk untuk menemukann sasaran dan tujuan yang tidak dapat diungkapkan oleh ppendekatan kontentual atau disingkat dengan rentetan pendekatan: “historis, kontentual dan sosiologis”.

Ide pokok yang terkandung dalam gerakan perttama, sebagaimana yangdisebutkan di atas, adalah penerapan metode berpikir induktif, berpikir

dari pasal KHI yang spesifik, menuju kepada prinsip atau dengan kata laiin adalahn berpikir dari aturan-aturan legal spesifik mmenuju kkepada moral sosial yang bersifat umum yang terkkandung di dalamnya.

Dengan demkian kedudukan hakim dalam penegakan hukum merupakan suatu nikmat yang agung, karena dengan itu kkeadilan Allah dapat ditegakkan di muka bumi. Begitu tingginya kedudukan hakim, tentu adanya dengan kemampuan untuk menegakkan keadilan. Apa yang dijanjikan oleh Allah SWT. dalam sebuah ayat al-Qur'an (QS. 5: 42) yang maksudnya: "Dan apabila engkau memutus suatu perkara, putuskanlah antara mereka secara adil, bahwa sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berbuat adil". Hal in dapat dipenhi apabila terpenuhi persyaratan untuk menduduki jabatan hakim, baik yang menyangkut moral maupun yang menyangkut kemampuan intelektual.[70]

Suatu hal yang mendasar dengan moral adalah kemampuan hakim untuk berbuat adil. Pengertian adil secara khusus dalam bidang ini diartikkan sebagai kemampuan seorang hakim untuk menyelesaian suatu perkara secara obyektif. Adapun persyaratan adanya kemampuan intelektual, berarti seorang yang akan menjadi hakim perlu mempunyai kemampuan untuk berijtihad. Dengan demikian, kedua aspek tersebut, yakni aspek moral dan aspek intelektual saling melengkkapi dalam melaksanakan tugas seorang hakim. Keduanya antara aspek moral dan aspek kemampuan intelektual merupakan suatu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan, apabila keduanya tidak saling menyatu mengakibatkan kepincangan dalam memutus suatu perkara yang diajukan kepada hakim yang menangani suatu perkara yang diajukan kepada hakim tersebut.

70 Satria Efendi M. Zein, "Ijtihad Hakim Peradilan Agama", dalam *Mimbar Hukum No. 10 Thn. 10 1993*, hal. 39.

Dengan demikian, menurut ilmu hukum, ada 3 (tiga) pandangan mengenai fungsi hakim, yaitu:[71]

Pertama, pandangan dari aliran legisme, yaitu pandangan yang menyatakan bahwa fungsi hakim hanya melakukan pelaksanaan undang-undang saja dengan cara 'juridische sylogisme', yaitu suatu deduksi logis dari suatu pperumusan yang luas (proposisi mayor) kepada suatu keadaan khusus (proposisii minor), sehingga pada kesimpulan;

Kedua, pandangan dari 'freie rechts beweging', yang menyatakan bahwa hakim berfungsi menciptakan hukum, maka ia dalam melakukan fungsinya tersebut tidak harus terikat oleh undang-undang;

Ketiga, pandangan dari ‘rechts vinding’, yaitu menyelaraskan undang-undang pada tuntutan zaman.

Dalam menerapkan peraturan perundang-undangan, terlebih dahulu hakim harus menafsirkan peraturan perundanng-undangan (dalam hal ini Kompilasi Hukum Islam). Menurut ilmu hukum setidak-tidaknya ada 2 ((dua) aliran dalam menafsirkan peraturan perundang-undangan, yaiitu:[72]

Pertama, aliran kontekstual atau historis, yaitu cara menafsirkan peraturan perundang-undangan sesuai dengan perkembangan sosial, politik danekonomi, ketika penafsiran dilakukkan dan bukan dengan jalan memmperkirakan kehendak pembuatnya, tetapi berpegang pada kehendak yang mungkin pada pembuatnya;

Kedua, aliran ilmiah, yaitu cara menafsirkan dengan: (a) berpegang pada teks,(b) apabila yang pertama tidak dapat dilaksanakan, maka berpegang pada sumber hukkum lainnya yang sah, dan (c) apabila yang kedua tidak dapat dilaksanaan, maka berpegang pada inti dari peraturan perundang-undangan serta sumbernya dan faktor-faktor yang mempengaruhi sehingga lahir norma hukum;

Dari aliran dalam menafsirkan peraturan perundang-undangan di atas, hakikatnya adalah uupaya untuk melakukan ijtihad dalam penerapan keadilan, dengan demikian hakim pada Pengadilan Agama dalam melakukan

71 Taufiq, *Ijtihad Hakim Agama,* Makalah Disampaikan pada Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, di Semarang, Oktober 1990, hal. 3.

72 *Ibid.,* hal. 6.

fungsinya, yaitu berupaya melakukan ‘sociial engeneering’ sekaligus mempertahankan ‘social order’.

Upaya ijtihad hakim Peradilan Agama dalam menerapkan hukum dalam suatu kasus disebut ijtihad tatbiqi. Ijtiihad ini tidak pernah putus sepanjang masa, selama umat Islam bertekat baik untuk menerapkan ajaran Islam kr dalam kehidupan. Untuk itu pada diri seorang hakim agama harus menguasai dua kemampuan, yaitu kemampuan untuk menguasai hukkum yang beerkaitan dengan ‘ijtihad istimbati’ dan kemampuan untuk menerapkan dalam suatu kasus yang ditanganinya disebut ‘ijtihad tatbiqi’.

PENUTUP

Al-qur'an telah selesai pewahyuannya, demikian pula *Sunnah Rasulullah* telah selesai pula sesudah wafat rasulullah. Adapun kehidupan ini tidak pernah selesai, selalu berubah dan yang abadi adalah perubahan itu sendiri (*an-nusush mutanahiyah wal waqa'iq ghairu mutanahiyah*). Apakah sesuatu yang tidak berubah (statis) itu dapat menjawab sesuatu yang dinamiis.

Untuk menjawab perubahan itu perlu menggali dan menangkap jiwa atau *ruh maqashid al-syariah* dengan metodologi yang disebut *madzhab manhaji.*

Itulah sebenarnya hakikat pendidikan program doktor (S-3) ilmu hukum untuk dibekali alat (metodologi) dengan madzhab metodologi (*madzhab manhaji*) bukan lagi hanya berpikir tekstual (*madzhab qauly*) karena adanya perkembangan zaman dan kompleksitas permasalahan sosial. Peran akal (*al-ra'yu*) sangat penting, merupakan sumber (alat/metode) hukum Islam yang ketiga melalui *ijtihad*. Peran akal pikiran manusia mendapat pengakuan al-Qur'an merupakan karunia Allah yang membolehkan manusia ikut campur dalam menentukan aturan hidupnya dan masalah keagamaan (hukum Islam) merupakan salah satu faktor pendorong timbulnya pemikiran dalam hukum Islam dan perkembangan pemikirannya.

Perkembangan pemikiran hukum Islam melalui campur tangan pemikiran manusia merupakan keniscayaan apabila menghadapi kehidupan yang dinamis. Di sini kunci masalah pokoknya adalah menyangkut "karakteristik sumber hukum Islam" bisa melalui sumber produks wahyu dan bisa memalui produks akal (*al-ra'yu*). Berkaitan dengan ini, bahwa pendidikan doktor (S-3) merupakan pendidikan *mujtahid*, yang dihadapi mereka adalah "manusia dan dinamkanya", maka pantas sebagai colon *mujtahid* ia dibekali metodologi (*thariqah*) yang "*bermadzhab manhaji*".

Perkembangan pemikiran hukum Islam merupakan keniscayaan, dengan mempertimbangkan bahwa hukum Islam itu di dalamnya terdapat 2 (dua) unsur, yaitu unsur *al-tsabat* (stabil/tetap) dan unsur *al-tathawwur* (berkembang dan dinamis). Unsur *stabil* terdapat pada ajaran-ajaran yang ditegaskan dalam al-Qur'an dan sunnah rasulullah, sedangkan unsur *dinamis* bisa diikembangkan, terletak pada hukum-hukum yang dalam pembentukannya akal pikiran manusia ikut berperan melalui *ijtihad* para *mujtahid*. Ini merupakan suatu kewenangan yang diberikan oleh Allah kepada hambanya demikian Islam mendorong umatnya untuk melakukan *ijtihad*. Dengan *ijtihad* dinamika hukum Islam akan lebih berkembang, *dinamis. empiris dan responsip*.

Dalam hukum Islam terdapat 2 (ciri) yang mempunyai dua istilah kunci, yakni: *Syari'ah* dan *Fikih*. Syari'ah terdiri dari wahyu Allah dan Sunnah Nabi Muhammad dan fikih adalah pemahamann dari hasil pemahaman manusia dari sumber syari'ah. Syar'ah adalah *"al-Nushush al-muqaddasa*h" (ajaran Islam yang sama selaki tidak dicampuri oleh daya nalar manusia) dalam al-

Qur'an maupun *al-Sunnah Mutawatirah*. Adapun fikih adalah pemahaman atau apa yang dipahami dari *'al-nushush al-muqaddasah'*. Syari'ah bersifat stabil (*tsabat*), sedangkan fikih bersifat dinamis (*tathawwur*).

Untuk itu dapat diterka, hukum Islam mana yang dapat dikembangkan melalui perkembangan pemikiran hukum Islam? Aspek mana yang dapat dikembangkan untuk menjawab permasalahan hukum sesuai dengan dinamika perkembangan masyarakat? Jawabnya adalah "hukum Islam bidang mu'amalah". Hukum bidang ini hanya sebagian kecil yang secara tegas dan rinci, sedangkan pada umumnya berupa prinsip-prinsip dasar secara singkat yang dalam pelaksanaannya memerlukan aturan tambahan. Maka justru pada watak sumber hukum yang singkat dan terbuka tetapi cukup membuat pokok-pokok pikiran mengandung makna yang mendalam. Itulah letak dinamika hukum Islam.

Pengembangan pemikiran hukum Islam tidak dapat dilepaskan dari aspek filosofis (keadilan). Interpretasi umat Islam terhadap hukum Islam berubah, sesuai dengan perubahan kondisi *sosio historis*, mobilitas sosial dan kemajuan zaman. Transformasi hukum Islam. Keadilan merupakan tujuan hukum Islam, dalam hal ini apabila dikaji dari perkembangan pemikiran hukum Islam dalam

kontruksi pemikiran Fazlur rahman, yaitu memahami ungkapan-ungkapan al-Qur'an untuk digeneralisasikan kepada prinsip-prinsip *"moral sosial"* dengan cara mengaitkan ungkapan-ungkapan *"spesifik al-Qur'an"* beserta latar belakang *"sosio historis"* dan dengan mempertimbangkan *"ratio-legis"* yang dinyatakan dalam ungkapan-ungkapan al-Qur'an dan selanjutnya dengan merumuskan prinsip-prinsip umum tersebut ke dalam *"konteks sosio-historis aktual"*.

Istilah teknis yang dipergunakan sebagai metodiknya, seperti ungkapan *"legal spesifik al-Quran",* "prinsip moral sosial", Latar belakang sosio histiris" dan *"ratio legis"* (*'illat hukum*), maka istilah teknis tersebut merupakan istilah-istilah kunci yang menggambarkan konsep hukum Islam dalam kontruksi pemikiran sebagai aturan-aturan hukum Islam dalam aspek hubungan bermasyarakat. Hukum Islam dalam aspek ini dapat dikembangkan dan diperbaharui. Untuk menghidari subyektivitas penafsir. rahman mengajukan sebuah metodologis yang terdiri dari 3 (tiga) pendekatan, yaitu: (1) Pendekatan *historis* untuk menemukan makna teks, (2) Pendekatan *kontentual* untuk menemukan sasaran dan tujuan yang terkandung dalam ungkapan legal-spesifik, dan (3) Pendekatan *latar belakang sosiologis* untuk

menguatkan hasil temuan untuk menemukan sasaran dan tujuan dengan rentetan pendekatan *"historis-kontekstual-sosiologis"*.

Langkah pertama apa makna suatu ayat dengan mengkaji situasi atau problem historis di mana suatu ayat sebagai jawabannya. Mengkaji ayat-ayat spesifik dalam situasi spesifik, dan bagaimana situasi makro dalam batasan masyarakat, agama, adat-istiadat bahkan keseluruhan kehidupan masyarakat di Arabia pada saat Islam datang. Langkah kedua membuat pengertian umum respon-respon spesifik tersebut yang memiliki tujuan sosial moral umum dalam ayat spesifik tersebut dalam sinaran latar belakang 'sosio-historis' dan dalam pertimbangan 'illat hukum (*rasional logis*).

Ide pokok adalah penerapan *"metode induktif"* menuju kepada "prinsip"atau "berpikir dari aturan 'legal spesifik' menuju *'moral sosial'* yang bersifat umum. Gerakan metodis ini untuk reaktualisasi hukum Islam sebagai upaya perumusan prinsip-prinsip umum dari nilai dan tujuan al-Qur'an diaplikasikan terhadap situasi dan atau kasus aktual sekarang (dalam konteks sosio-historis yang kongkrit sekarang). Masyarakat mempunyai

corak kehidupan yang bercorak yang bersifat situasional dan kondisional dan sarat dengan perubahan-perubahan. Inilah visi al-Qur'an yang dibangun dengan mempertimbangkan situasi dan kondisi masyarakat, yakni sebuah visi Qur'any yang realistis.

Perkembangan pemikiran hukum Islam tidak dapat dilepasken dari aspek pendekatan kritis, paradigma kritis yang memperkenalkan teori pembagian ajaran Islam dalam 2 (dua) kelompok besar, yaitu: ajaran dasar yang sifatnya tetap dan ajaran non dasar yang sifatnya tidak tetap. Teori menggunakan akal dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an. Bila terjadi pertentangan akal terhadap *zhahir* (harfiyah) ayat misalnya, maka harus *dita'wilkan*. Di samping itu menggunakan hukum alam (*natural law, causality*) dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an, karena alam ini sesuai dan tunduk pada hukum alam, hukum sebab-akibat sehingga semuanya dapat sesuai dengan pengetahuan dan kemajuan baru yang dicapai manusia. *Teori nasakh* (penghapusan suatu hukum) yang dinyatakan bila suatu hukum lahir karena latar belakang tradisi, lalu tradisi tersebut hilang, maka hukumnya juga dengan sendirinya hapus oleh tradisi tersebut. Demikianpun teori teori modernesasi dan rasionalisasi, khsusnya dalam urusan kehidupan dunia harus mengarah kepada tata cara *pikir akliah* (rasional) terbuka untuk menggunakan penemuan ilmu baru. Di

samping melihat suatu ajaran dengan *teori ta'abbudi* (*qath'i/ghair ma'qulat al-ma'na*) dan *teori ta'aqquli (zhanni/ma'qiulat al-ma'na*).

Untuk itu bahwa ajaran Islam dapat pula dilihat sebagai suatu ajaran normatif atau sosiologis, khususnya pemahaman suatu ayat, maka diperlukan suatu peninjauan terhadap konteks atau tema pembicaraan untuk dapat dilakukan perubahan-perubahan sesuai dengan kondisi , kebutuhan rasa keadilan, dan kemaslahatan yang diperlukan oleh umat Islam. Seperti hukum waris Islam yang tercantum secara jelas dan tegas dalam al-Qur'an dapat dilakukan perubahan-perubahan sesuai dengan kondisi, kebutuhan rasa keadilan dan kemaslahatan yang diperlukan umat Islam. Hukum waris Islam dalam al-Qur'an itu *qath'i* dalam teks, namun dalam segi pelaksanaannya (*tanfidz)*, maka ayat tersebut tidak tergolong hukum dasar, tetapi non dasar atau *dhanni*. Disebut demikian karena pelaksanaan pembagian waris umpama 2:1 hanyalah merupakan salah satu pilihan. Ketika sebuah keluarga sebagai ahli waris untuk memilih jalan lain dengan landasan kesepakatan,

rela bersama, maka sama sekali tidak dipandang menyalahi atau menentang al-Qur'an.

Dalam perkembangan pemikiran hukum Islam, hukum Islam dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional, maka pembaharuan hukum Islam mutlak dilakukan dengan cara mengembangkan prinsip-prinsip hukum Islam, hal ini terdapat kekuatan dan peluang. Pelaksanaan *syari'at* Islam ada yang langsung dilaksanakan individu tanpa bantuan kekuasaan (*diyani*), ada pula yang tidak mungkin dilaksanakan tanpa campur tangan negara (*qadha'i*) atau mendapat pengakuan dan pengaturan resmi negara, ketika telah menyangkut aktivitas dan dinamika sosial.

Dalam perkembangan pemikiran hukum Islam dijumpai "pergulatan antara teks dengan konteks," lalu teks dikembangkan berupa pengembangan teks undang-undang melalui ijtihad. *Mujtahid* khususnya hakim peradilan, menghadapi permasalahan hukum /sengketa atau perkara yang harus dbuktikan di pengadilan dengan mencarikan hukum yang paling tepat untuk kasus tersebut. Beda dengan 'hukum dalam fungsi mengatur' yang lepas dari konteks dan peristiwa, sehinngga hukum dalam fungsi kedua ini selalu ketinggalan dengan kehidupan yang dinamis. Hukum Islam dalam teks bersifat *normatif, deduktif dan ideologis*, sedangkan hukum Islam dalam fungsi konteks bersifat *empiris, induktif dan historis* dengan mempertimbangkan latar belakang kejadian kasus atau sengketa hukum itu.

Perkembangan pemikiran hukum Islam tidak dapat dilepaskan dari produks ilmu (*ra'yu*) yang mempunyai konsekuensi-konsekuensi sebagai hasil pemahaman ilmu, yaitu: *"skeptis, dapat dikaji ulang dan tidak kebal kritik"*. Di samping hukum Islam dapat dikaji secara sosiologis, dengan mempertimbangkan faktor-faktor sosial, politik, kultural dan bagaimana dampak ketetapan hukum Islam itu terhadap masyarakat. Di sinlah model pendekatan *"doktriner-normatif-deduktif"* tidaklah cukup dan harus dikombinasikan dengan model pendekatan "empiris-historis-induktif".

Pendidikan Program Doktor (S-3) merupakan pendidikan calon *mujtahid*, menjadikan seorang ahli hukum profesional untuk menemukan hukum yang belum ada ketentuan teksnya (legalitasnya) melakukan *ijtihad istimbati* (menggali hukum dari sumbernya baik melalui al-Qur'an maupun as-Sunnah), maupun melalui *ijtihad tatbiqi* (penerapan ide hukum) dalam suatu

kasus hukum atau kejadian suatu kasus tertentu dengan penerapan *ruh* (jiwa hukum) dari suatu tujuan hukum (*maqashid al-syari'ah*). Seorang yang melakukan ijtihad disebut *mujtahid* yang tingkatannya menjadi *mujtahid mustaqil, mujtahid muntasab, mujtahid fil madzhab, dan mujtahid tarjih.*

Di Indonesia, dapat dilihat dan diketahui melalui Majelis Ulama Indonesia (MUI) maupun melalui organesasi Islam seperti Nahdhatul 'Ulama maupun mehammadiyah, mereka melakukan *ijtihad jama'i* (kolektif) maupun *ijtihad fardhi* (individu). Hasil ijtihadnya disebut fikih, dapat disumbangkan kepada pemerintah atau badan legislatif yang disebut *siyasah* untuk mengatur kehidupan masyarakat secara umum untuk mencapai ketertiban atau maslahah umum *(limasalih- annas atau limasalih al-'ibad).*

Untuk sampai pada tingkat *mujtahid* seorang mahasiswa program doktor (S-3) tidak cukup hanya menguasai teks hukum (*madzhab qauli*), tetapi dituntut untuk menguasai dan mampu menerapkan dan menggunakan metodologi hukum (*madzhab manhaji*) pada suatu kasus hukum, sehingga suatu penemuan hukumnya *responsip, empiris dan historis*. Mengapa demikian, karena yang dihadapi *mujtahid* manusia dan dinamika hidupnya. Teks hukum telah selesai dan mandeg (berhenti),, tetapi kehidupan itu terus berkembang (dinamis) tidak berhenti. Sebagai pemegang *madzhab manhaji* harus menguasai *ushul, qawa'id, 'ilat al-hukm, hikmah tasyari', fahm nash, dan fahm al-waqa'i.*

Di samping itu seorang *mujtahid* dituntut untuk penguasaan *'metode penetapan hukum lewat maqashid al-syari'ah'* sebagai pisau analisis dalam

mmenggali *'ruh syari'at'* dengan menggunakan '*metode istimbath*' lewat pendekatan *"ta'lili"*, yaitu dengan metode '*qiyas*' dan '*istihsan*', maupun lewat pendekatan *"istislahi"* dengan metode *'maslahah mursalah*' dan *'sad' al-zari'ah'*.

Epistemologi lain dalam upaya menggali *'ruh syari'ah'* adalah dengan kaidah *"ta'wil al-ilm"*, yaitu cara untuk memahami 'teks' dengan menjadikan 'teks' dan atau lebih tepat disebut pemahaman, pemaknaan dan interpretasi terhadap 'teks' sebagai "obyek" kajian. Pendekatan *'ta'wil ilm'* Ini sebagai metode tafsir alternatif terhadap teks menggunakan jalur lingkar *hermeneutik* yang mendialogkan secara sungguh-sungguh antara *"paradigma bayani, paradigma burhani dan paradigma irfani /kasyfi (spiritualitas)"* dalam suatu

gerak yang saling mengontrl, mengritik, memperbaiki dan menyempurnakan kekurangan yang melekat pada masing-masing padigma tersebut, berdiri sendiri-sendiri, terpisah antara satu dengan yang lainnya.

Aspek epistemologi usul fikih yang layak untuk digunakan sebagai metode untuk menjawab perkembangan hukum Islam bidang mu'amalah yang harus dikuasai mujtahid, yaitu: kaidah *ibahah*, kaidah *tahqieq al-manath*, kaidah *istihsan*, kaidah *ta'wil*, kaidah *ta'abbudi* (*ghair ma'qulat al-ma'na*), dan kaidah *t'aqquli* (*ma'qulat al-ma'na*), 'ajaran dasar' dan 'ajaran non dasar' akan memberikan sumbangan bagaimana memahami Islam dan hukum Islam itu tidak hanya hitam putih, tetapi mewujudkan pemahaman yang utuh (*holistik*) dengan mengikut sertakan pendekatan: *"empiris – sosiologis"*, mengaitkan norma keagamaan atau hukum Islam itu dengan kehidupan yang aktual.

Trend baru perkembangan kajian hukum Islam sekarang melakukan pembentukan tradisi berupa *transformasi* dari *turats* (kebiasaan) ke *taqlid* (mengikuti) apa adanya sampai pada *tajdid* (pembaharuan) karena adanya perbedaan pemahaman disebabkan berubahan waktu, tempat, kemajuan ilmu pengetahuan yang mempengahuhi cara pikir manusia dalam menjawab persoalan hidupnya, khususnyya dalam bidang hukum Islam..

Kita ahli hukum dihadapkan kepada permasalahan di atas, karena undang-undang selesai diundangkan, akan tetapi kehidupan tidak pernah selesai dan yang abadi adalah perubahan itu sendiri, maka sebagai calon *mujtahid* harus bisa menangkap *'maqashid al-syari'ah'* atau tujuan/ide hukum untuk dipahami sebagai *'normatif – ideologis'* disambungkan dalam kehidupan yang *'empiris – historis'* aktual dalam upaya menggali keadilan

yang merupakan nafas Islam *sebagai manhaj atau metodologi* untuk memecahkan suatu permasalahan hukum yang berkeadilan.

Al-Qur'an menghendaki agar manusia hidup dalam bimbingan al-Qur'an yang disebut *'etika al-Qur'an'* untuk dapat dipahami ruh/jiwa al-qur'an itu sampai pada latar belakang historis dari ayat al-qur'an itu sehingga dapat ditangkap *'maqashid al-qur'an'* yang benar-benar dikehendaki oleh Allah SWT. Dari sisi *'kaidah fiqhiyah'* wajib dikuasai sebagai *manhaj* yang kaidah itu dibangun dari nilai-nilai al-Qur'an dan Sunnah rasulullah SAW. , sehingga seorang *mujtahid* dapat berijtihad untuk menghasilkan hukum Islam yang kontekstual sebagai contoh dalam buku ini bab IV di atas.

Daftar Pustaka

A. Khisni, Aliran-aliran Pemikiran dalam Hkum Islam, Cet. 1 (Semarang: Unissula Press, 2013).

A. Khisni, Epistemilogi Hukum Islam (Sumber dan Dalil Hukum Islam, Metode Istimbath dan Ijtihad dalam Kajian Epistemilogi Usul Fikih), Cet. 1 (Semarang: Unissula Press, 2012).

A. Khisni, Issue Kontemporer Filsafat Hukum Islam, Cet. 1 (Semarang: Unissula Press, 2010).

A. Khisni, Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional, Cet. 1 (Yogyakarta: Program Doktor Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum UII, 2011).

A. Qodri Azizy, "Hukum Islam sebagai Sumber Hukum Positif dalam reformasi Hukum Nasional", dalam Mimbar Hukum No. 54 Thn. XII, 2001.

A.Khisni, Hukum Islam, Op. Cit.

Abd. Wahab Khallaf, Ilm Ushul Fikih, (Kairo: Dar al-Kuwaitiyah, 1968).

Abdul Wahab Afif, Fikih (Hukum Islam) antara Pemikiran Teoritis dengan Praktis, (Bandung: Fakultas Syari'ah Gunungjati, 1991).

Abdurrahman Wahid, " Pengembangan Fikih yang Kontekstual", Pesantren No. 2 /Vol.II/1985.

Abdurrahman Wahid, Muslim di Tengah Pergumulan, (Jakarta: LEPPENAS, 1981).

Achmad Ali, "Eksistensi Hukum dalam Penegakan Hukum di Indonesia", dalam Mimbar Hukum No. 52 Thn. XII 2001.

Ahmad rafiq, Fiqh Mawaris, Cet. Keempat, (Jakarta: PT. raja Gafindo Persada,

2002).

Akhmad Minhaji, yang Dikutip oleh Yusdani, Penerjamah, Metodologi Hukum Islam Kontemporer, oleh Taha Jabir al-Alwani, Cet. 1, (Yogyakarta: UII Press, 2001).

Asfari Jaya Bakti, Konsep Maqashid al-Syari'ah menurut al-Syatibi dan relevansinya dengan Ijtihad Hukum Dewasa Ini, Disertasi Program Pascasarjana IAIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 1994.

Asfari Jaya Bakti, Op. Cit.

Bagir Manan, "Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional", di dalam Yuhaya S. Praja, Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek, Cet. 1 (Bandung: remaja rosdakarya, 1991).

Barda Nawawi Arief, "Pengagalian Hukum dalam rangka Tujuan Pembangunan Nasional", Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, Semarang 16-18 Oktober 1990.

Bustami M. Said, Mafhum Tajdid al-Din, (Kuwayt: Dar al-Dakwah, 1984).

Cipto Sembodo, "reintroduksi Hukum Islam dalam Wacara Kebangsaan", dalam Mimbar Hukum No. 53 Thn. XII 2001.

Efrinaldi, "reaktualisasi Hukum Islam, Suatu Kajian Metodologis dalam Pemikiran Fazlur rahman", Mimbar Hukum No. 50 Thn. XII 2001.

Harun Nasution, Pembaharuan dalam Islam, Sejarah Pemkiran dan Gerakan, (Jakarta: Bulan Bintang, 1983).

Hasil Wawancara dengan Bagir Manan, Mantan Ketua Mahkamah Agung rI di Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang, pada Tanggal 10 Januari 2010.

Ibrahim Hosen, "Beberapa Catatan reaktualisasi Hukum Islam", dalam Munawir Syadali, Kontekstualisasi Ajaran Islam, (Jakarta: Paramadina, 1995).

Ismail Saleh, "Wawasan Pembangunan Hukum Nasional", Makalah dalam Dialog tentang Pembangunan Hukum Nasional, Memperingati 8 Windu Pondok Modern Gontor Indonesia, 17 Juni 1991.

Jalaluddin rahman, "Perumusan Ulang Hukum Waris Islam: Sebuah Pendekatan Pembaharuan dalam Islam", Mimbar Hukum No. 63 Thn. XV 2004.

M. Amin Abdullah, Epistemologi Ilmu Agama Islam dalam Khasanah Perkembangan Epistemologi Ilmu Pengetahuan Modern, Disampaikan dalam Kuliah Umum Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum UII Yogyakarta, 21 September 2002.

M. Atho' Mudzhar, Pendekatan Studi Islam dalam Teori dan Praktek, Cet. 1, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1998).

Maksun, “Konstitusionalisasi Hukum Islam dalam Sistem Hkum Nasional”, Mimbar Hukum No. 51 Thn. XII 2001.

Mohammad Daud Ali, “Hukum Islam: Peradilan Agama dan Masalahnya”, di dalam Yuhaya S. Praja (ed) Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek, Cet. 1 (Bandung: remaja rosdakarya, 1991).

Muhammad ‘Abduh, Thahir al-Tanawi (ed), Al-Islam Din al-‘ilm wal Madaniah, (Kairo: Al-Ta’rif bil Islam, 1964).

Muhammad Daud Ali, Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum di Indonesia, Cet. 5 (Jakarta: PT. radja Grafindo Persada, 1993).

Munawir Syadzali, reaktualisasi Ajaran Islam, (Jakarta: Paramadinah, 1985).

Nurchalis Madjid, Islam Kemodernan dan Keindonesiaan, (Bandung: Mizan, 1994).

Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat No. 377/Pdt.G/19993/PA-JK tanggal 4 Nopember 193 M. Bertepatan dengan tanggal 19 Jumadil Awal 1414 H.. Jo. Putusan Pengadilan Tingg Agama Jakarta No. 14/Pdt.G/1994/PTA-JK, tangggal 25 Oktober 1994 M, bertepatan tanggal 20 Jumadil Awal 1415 H. Jo. Putusan Mahkamah Agung rI No. 368. K/AG/1995, tanggal 16 Juni 1998.

Putusan Pengadilan Agama Mataram, No. 85/Pdt.G/92/V/PA. MTr tertanggal 5 Nopember 1992 M. Bertepatan tanggal 10 Jumadil Awal 1413 H. Jo. Putusan Pengadilan Tinggi Mataram No. 19/Pdt. G/1993/PTA. MTr, tanggal 15 September 1993 M., bertepatan dengan tanggal 28 rabiul Awal 1414 H., Jo. PutusanMahkamah Agung rI No. 86 K/AG/194, tanggal 28 April 1995.

Putusan Pengadilan Agama rembang No. 433/Pdt.G/2007/PA.rbg, tertanggal 12 Nopember 2007 M., bertepatan tanggal 2 Dzul Qa’idah 1428 H.

Putusan Pengadilan Agama Yogyakarta No. 280/Pdt.G/2002/PA.Yk, tertanggal 16 September 2003 M, bertepatan dengan tanggal 19 rajab 1424 H. Jo. Putusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta No. 36/Pdt.G/2003/PTA. YK, tanggal 21 Januari 2004 M, bertepatan dengan tanggal 30 Dzulqo’idah 1424 H. Jo. Putusan Mahkamah Agung rI No. 193 K/AG/2004, tanggal 21 Pebruari 2007.

roihan A. rasyid, “Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur (Terapannya di Pengadilan Agama)”, Mimbar Hukum No. 19 Thn VI 1995.

Satria Efendi M. Zein, “ Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama”, Mmbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993.

Satria Efendi M. Zein, “Analisis Fukih”, dalam Mimbar Hukum No. 30 Thn. VII 1997.

Satria Efendi M. Zein, “Ijtihad Hakim Peradilan Agama”, dalam Mimbar Hukum No. 10 Thn. 10 1993.

Sesuai Aliran Qasim Amin, Ahl hukum tamatan Perancis dari Mesir yang hidup sampai Abad 20 (1863 -1908). Gerakannya berupa: “Untuk menyesuaikan pemahaman-pemahaman keagamaan Islam dengan perkembangan baru di abad modern.” Dalam Satria Efendi M. Zein, “Munawir Sjadali dan reaktualisasi Hukum Islam di Indonesia, “ ed. Muhammad Wahyuni Nafis dalam Kontekstualisasi Ajaran Islam, 70 Tahun Munawir Sjadali, Cet. 1 (Jakarta: PT. Temprint, 1995).

Sudikno Mertokusumo, Hukum Acara Perdata Indonesia, (Yogyakarta: Leberty, 1985).

Susiknan Azhari, “Pemkiran riffat Hassan (Studi tentang Isu Kesetaraan dan Implikasinya dalam Kewarisan)”, Mimbar Hukum No. 39 Thn IX 1998.

Suwardi, Aktualisasi Hukum Islam dan Pluralisme Agama, Tesis, (Semarang: Magister Ilmu Hukum Unissula, 2006).

Syamsul Anwar, Studi Hukum Islam Kontemporer, Cet. 1 (Yogyakarta: Cakrawala Press, 2006, 2006).

Taufiq, Ijtihad Hakim Agama, Makalah Disampaikan pada Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, di Semarang, Oktober 1990.

Dr. H. A. Khisni, S.H., M.H.

lahir di Jepara pada tanggal 8 Agustus 1957, dosen pada Fakultas Hukum Unissula dan Program Magister Ilmu Hukum Unissula.

Pendidikan ditempuh mulai dari Madrasah Ibtidaiyah Sultan Agung dan dilanjutkan di SMP Islam Sultan Agung di Jepara. Setelah jeda selama 3 tahun untuk menjadi santri di Ponpes Raudlotut Thalibin Leteh Rembang, melanjutkan pendidikan di SMA Islam Sultan Agung di Jepara. Setelah menamatkan Pendidikan Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang menjadi Dosen tetap di almamaternya tersebut.

Gelar Magister Hukum diperoleh dari Universitas Indonesia Jakarta, Program Doktor Ilmu Hukum di Universitas Islam Indonesia Yogyakarta.

Pendidikan keagamaan diperoleh dari sang ayah, KH. Nor Ihsan semasa kecilnya sampai tamat MI, dengan mendalami ilmu nahwu dan fikih. Selama sekolah di SMP oleh ayahnya dipondokkan di Pesantren Miftahul Ulum Kriyan-Jepara yang diasuh oleh KH. Muslim dengan mendalami ilmu-ilmu akidah (tauhid). Selepas SMP menjadi santri KH Bisri Mustofa di Pondok Pesantren Leteh Rembang. Pada waktu sekolah SMA mendalami ilmu-ilmu ushul fikih, qawaidh fiqiyah dan ilmu hadist pada Ponpes Al Hidayah Purwogondo Jepara yang diasuh KH. Turmudzi.

Selain sebagai dosen juga berprofesi sebagai advokat. Dari profesi yang satunya inilah penulis buku ini memperoleh pengalaman yang berharga dalam studi dan implementasi hukum, terutama hukum Islam dan penegakaannya.

Dari perkawinannya dengan Dra. Diah Mardiyah, S.Psi, mendapatkan seorang putra, Khisda Azka Himawan, yang saat ini sedang belajar di Fakultas Ekonomi Univervitas Airlangga.

Buku yang telah diterbitkan : Essay-essay Aliran Pemikiran dalam Hukum Islam, Issue Kontemporer Filsafat Hukum Islam, Hukum Islam, Fiqih Kontemporer (Kompilasi Hukum Islam Produk Realitas Sosial Bidang Hukum Keluarga Masyarakat Muslim Indonesia Kontemporer), Hukum Peradilan Agama, Hukum Waris Islam, serta Metode Ijtihad dan Istimbad (Ijtihad Hakim Peradilan Agama),Epistemologi Hukum Islam (Kajian dari Ushul Fikih), Aliran Pemikiran dalam Hukum Islam, Hukum Islam antara Teks dengan Konteks, dan yang berakhir Perkembangan Pemikiran Hukum Islam (Ikhtiyar Pendidikan Doktor Membekali Calon Mujtahid Menggali Maqashid al-Syari'ah untuk Mewujudkan Hukum Islam yang Kontekstual).